



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES  
CURSO DE DIREITO

**TRATAMENTO MÉDICO DE RISCO:  
DIREITO À SAÚDE x LIBERDADE DE ESCOLHA**

Carla Ferrari

Lajeado, junho de 2017

Carla Ferrari

**TRATAMENTO MÉDICO DE RISCO:  
DIREITO À SAÚDE x LIBERDADE DE ESCOLHA**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Thaís Carnieletto Müller

Lajeado, junho de 2017

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, essencial em minha vida, pela oportunidade de estar aqui.

A meus amados pais Renan e Ivone, por todo amor, dedicação e apoio ao longo desta caminhada, sempre transmitindo calma nos momentos de cansaço e desânimo.

Ao meu namorado Hugo Heitor, pela compreensão e carinho principalmente durante a elaboração deste trabalho.

À professora Dra. Thaís Carnieletto Müller, pela paciência, confiança e primorosa orientação para a realização deste trabalho monográfico.

## RESUMO

A Constituição Federal de 1988 acolhe a saúde no rol dos direitos sociais como um dos principais aspectos da vida humana, entendida como o bem-estar físico e psíquico, assim como o direito à vida. Desta feita, levanta-se a questão: o paciente (portador de doença grave), inobstante o direito constitucional à saúde, tem autonomia para recusar tratamento médico de risco, alegando a preservação da dignidade? Com base no artigo 15, do Código Civil Brasileiro, “ninguém pode ser obrigado a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Motivo pelo qual se impõe a segunda questão: até que ponto o direito à vida se sobrepõe ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana? Assim, esta monografia tem como objetivo geral analisar o direito à autonomia dos pacientes em recusar tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando se encontrarem em estado terminal ou no fim da vida, aduzindo o princípio da dignidade humana como fundamento, bem como discutir os limites legais da escolha do tratamento médico considerado de risco. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada pelo método hipotético-dedutivo, de procedimento técnico bibliográfico, documental e jurisprudencial. Destacam-se, também, os benefícios das diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Dignidade da pessoa humana. Direito à autonomia. Tratamento médico.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ART – Artigo

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CEP – Conselho de Ética e Pesquisa

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CFM – Conselho Federal de Medicina

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

SUS – Sistema Único de Saúde

TCLE – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE.....</b>	<b>9</b>
2.1 O direito à saúde e o princípio da reserva do possível.....	13
2.2 Caracterização do direito à saúde .....	19
2.3 Princípios constitucionais informadores das Políticas Públicas de saúde .....	25
2.4 A saúde como dever do Estado .....	30
<b>3 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO ...</b>	<b>35</b>
3.1 A posição do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde .....	36
3.2 O Conselho Federal de Medicina e o direito à saúde.....	39
3.3 O Direito à saúde e sua efetividade jurídica .....	44
3.4 Análise Jurisprudencial.....	46
<b>4 O DIREITO À SAÚDE COMO OPÇÃO DO PACIENTE .....</b>	<b>49</b>
4.1 Aspectos religiosos e tratamentos médico .....	56
4.2 Direito à vida com autonomia, liberdade e dignidade – caso José Humberto Pires de Campos Filho.....	60
4.3 Direito à informação médica e ao consentimento esclarecido .....	64
4.4 Decisões substitutas: julgamento substituto, pura autonomia, melhores interesses.....	67
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>72</b>
<b>REFÊRENCIAS.....</b>	<b>75</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>85</b>

## **1 INTRODUÇÃO**

O direito à saúde está previsto na Constituição Federal como um direito social assegurado a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país. Nesse sentido, ele foi guindado ao status de direito fundamental do homem, assegurando sua promoção, proteção e recuperação, e incumbindo o Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Por esse motivo, a Lei n. 8.080/1990, em seu art. 2º, assegura a preservação da saúde relacionada com as políticas de redução de risco da doença, bem como a proteção à saúde como direito individual de tratamento e recuperação, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se que a medicina está cada vez mais avançada na área de pesquisa médica, com descobertas no perfil genético e molecular dos pacientes, criação de novas vacinas, transplantes, criação de novos medicamentos, etc. Isso permite prolongar a vida de pacientes, em virtude de terapêuticas, inclusive em casos de doenças graves/terminais.

Nessa perspectiva, a grande questão que se impõe é: o paciente pode optar, nesses casos, por não se submeter às terapêuticas sem chances reais de cura? Em resposta, a Resolução 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, chamada de “Testamento Vital”, prevê que não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário em detrimento da qualidade de vida do ser humano. Além disso, o art. 15, do Código Civil Brasileiro, determina que “ninguém pode ser

obrigado a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica”.

Em decorrência disso, se impõe a segunda questão: até que ponto o direito à vida se sobrepõe ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana? Em virtude da exegese sistemática da constituição, os direitos sociais também devem ser considerados como direitos fundamentais que não podem ser suprimidos por força do art. 60, § 4º, inciso IV, e que estão sujeitos à lógica do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, devendo ser eficazes e efetivos.

Obviamente, as prestações positivas do Estado para tornar efetivos os direitos fundamentais dependerão da capacidade jurídica e da disponibilidade financeira do Estado, que deve assegurá-los. A isso, denomina-se “reserva do possível”.

À vista disso, o presente trabalho monográfico teve como objetivo principal analisar a efetivação das diretivas antecipadas e sua fundamental importância, bem como a opção de escolha dos pacientes de risco em submeterem-se a tratamentos médicos que apenas prolonguem sua vida.

A motivação para escolha do tema está pautada em caráter pessoal, uma vez que a acadêmica trabalhou na área da saúde como auxiliar administrativa e vivenciou o sentimento de esperança e de sofrimento dos pacientes, bem como de seus familiares em relação à doença. Desses acompanhamentos é que surgiu a curiosidade de estudar o tema, a fim de melhor conhecer o que de fato representa tal entendimento para o nosso ordenamento jurídico.

Embora com olhar imaturo, acompanham-se as insatisfações com o insucesso na recuperação, a dúvida entre dar conforto nos últimos momentos de vida do paciente ou submetê-lo a mais uma cirurgia, além do medo do resultado após realizar um procedimento ou, ainda, casos em que a impossibilidade de vencer a doença prevalece. Nesse sentido, é relevante trazer à comunidade acadêmica, especialmente aos estudantes do curso de Direito da Univates, a temática sobre o direito à saúde e a discussão sobre a autonomia para recusar o tratamento médico de risco.



A pesquisa realizada neste trabalho monográfico utilizou como método de abordagem a forma qualitativa, consoante Mezzaroba e Monteiro (2014), pois o que se procura atingir é a identificação da natureza e do alcance do tema a ser investigado. Para isso, será utilizado o exame a fim de buscar-se as interpretações possíveis para o fenômeno jurídico em análise, que, no caso, abordará o paciente portador de doença grave, inobstante o direito constitucional à saúde, ou seja, se o indivíduo tem autonomia para recusar tratamento médico de risco, alegando a preservação da dignidade. Conjuntamente, visando alcançar o objeto do estudo, foi empregado o método hipotético-dedutivo, cuja operacionalização deu-se por meio de procedimentos técnicos baseados em doutrina, legislação e jurisprudência.

Com o estudo, foi possível verificar e comprovar a importância da escolha dos pacientes que se encontram em estado terminal e no fim da vida e de expor suas diretivas antecipadas de vontade, como será demonstrado no decorrer deste trabalho monográfico.

## 2 DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Na Constituição Federal de 1988, estão previstos como direitos fundamentais a serem assegurados pelo Estado o direito à vida e o direito à liberdade. Essa mesma Constituição, no título I, prevê que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Como forma de assegurá-la, a Constituição Federal de 1988 inseriu, no rol dos direitos sociais, a saúde, que é um dos principais aspectos da vida humana.

Dada a relevância do direito à saúde, o constituinte o tratou, na seção II, do capítulo II, da seguinte forma:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Instituída como direito de todos e dever do Estado, deve este dispor de políticas econômicas e sociais com intuito de oferecer, através de ações, a promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (BRASIL, 1988).

Em virtude da constitucionalidade do direito à saúde fortemente atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, cita-se a interpretação dada pelo ministro Marco Aurélio, na relatoria da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), número 54:

[...] Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana (ADPF nº 54, Supremo Tribunal Federal, Ministro Relator: Marco Aurélio. Julgado em 29 abr. 2004.).

Não se pode coisificar a pessoa porque, ao tratar da dignidade da pessoa humana, a CF alçou o princípio como um valor supremo indisponível, como prova o art. 1º, inciso III, da CF:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Ingo Wolfgang Sarlet (2007a, p. 62) enunciou o princípio da seguinte forma:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007a, p. 62).

Sarlet trata a dignidade da pessoa humana como a qualidade essencial de cada ser humano, que é digno do respeito e consideração do Estado e da comunidade.

No mesmo sentido, Camargo (1994, p. 27-28) afirma:

[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação é a raiz da dignidade humana (CAMARGO, 1994, p. 27-28).

De tal modo, quando se fala em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito ao reconhecimento, respeito, proteção e, até mesmo, promoção e desenvolvimento da dignidade. Isso sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa (SARLET, 2007a) haja visto que se trata de um supra princípio constitucional que condiciona a atuação do Estado, como explica Nelson Rosenvald (2005, p. 8):

Percebemos que o significado de dignidade se relaciona ao respeito inerente a todo o ser humano – por parte do Estado e das demais pessoas -, independentemente de qualquer noção de patrimonialidade. É simultaneamente valor e princípio, pois constitui elemento decisivo para a atuação de intérpretes e aplicadores da Constituição no Estado democrático de Direito. O homem se encontra no vértice do ordenamento jurídico, pois o direito só se justifica em função do ser humano (ROSENVALD, 2005, p. 8).

Isso significa que a dignidade da pessoa humana deve servir de alicerce para os outros princípios constitucionais e como direito nas legislações infraconstitucionais. Resta evidente que os direitos humanos foram consolidados na Constituição no título que fala dos direitos fundamentais, como se verificará abaixo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, com intuito de oferecer aos cidadãos a igualdade, a liberdade e o reconhecimento da dignidade humana, dispõe, em seus arts. 3º, 5º, 8º e 25:

Art. 3º. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

[...]

Art. 5º. Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

[...]

Art. 8º. Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

[...]

Art. 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (DECLARAÇÃO..., 1948).

O art. 3º, da DUDH, mencionado acima, demonstra que todo ser humano, independentemente de cor, raça, condição social e sexo, tem direito à vida, basta ser pessoa humana. Além disso, garante o direito à segurança e à liberdade, não somente de locomoção, mas de expressão, pensamento e opinião.

Já o direito à segurança pessoal está atrelado à integridade física, podendo versar sobre a segurança pública, sobre qualquer forma de violência contra a pessoa ou sobre a proteção contra tortura e outros mecanismos que afetam a segurança pessoal e que sejam desumanos. Complementando essa proteção, tanto o art. 5º, da DUDH, quanto o art. 5º, inciso III, da CF, vedam a tortura, o tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. Ademais, em virtude das discussões sobre a definição dos crimes de tortura, em 1997, foi criada a Lei n. 9.455/97, que, no artigo primeiro, define e constitui a tortura da seguinte forma:

Art. 1º. Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Ressalta-se que a Lei n. 8.072/90, no seu art. 2º, equiparou a tortura a crime hediondo e determinou que, por essa razão, esses crimes são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança. Entretanto, com a entrada em vigor da Lei n. 11.464/07, passou a ser expressamente admitida a progressão do regime da pena.

O art. 8º, da DUDH, demonstra a possibilidade do ser humano de exigir dos tribunais competentes remédio efetivo para os atos que contravenham os direitos assegurados pela Constituição ou pela lei. Nesse sentido, a CF, no artigo 5º, incisos XXXV até XLI, prevê os princípios da inafastabilidade da jurisdição, da irretroabilidade da lei, da inadmissibilidade dos Tribunais de exceção, entre outros.

Ainda, o art. 25.1, da DUDH dispõe ao ser humano condições minimamente aceitáveis de um padrão de vida a si e a família, com alimentação, moradia, vestuário, cuidados médicos, acesso aos serviços sociais, bem como a segurança nos casos que comprometam a capacidade de sustento, como o desemprego, doença, velhice ou outras situações que possam intervir para tal. Nessa perspectiva, muito similar é o que prevê o art. 7º, inciso IV, da CF/88 que garante

aos trabalhadores urbanos e rurais salário mínimo qualificado para atender as necessidades básicas da família, além de objetivar a melhora da condição social.

Considerando-se que a saúde dignifica o ser humano e que é necessária para ter uma vida digna, pode-se afirmar que a CF colocou o Estado a serviço da dignidade humana, sendo orientado na sua atuação tanto no âmbito nacional como em âmbito internacional.

## **2.1 O direito à saúde e o princípio da reserva do possível**

Em meados de 1950, Otto Bachof defendeu que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso I, da Lei Fundamental da Alemanha, deveria assegurar, além da liberdade, um mínimo de segurança social para garantir sua existência digna. A função do mínimo existencial, por sua vez, seria dispor ao indivíduo um direito subjetivo quando o Poder Público diminui a prestação de serviços sociais básicos, que garantem a existência digna, ou seja, o direito de requerer o mínimo necessário para a própria sobrevivência.

Também na Alemanha, devido ao crescente número de ações ajuizadas para assegurar o mínimo existencial, o Estado passou a utilizar a tese da reserva do possível, alegando que deve limitar seu orçamento, não podendo investi-lo somente na saúde, pois existem outros serviços públicos que devem ser implementados. Nas palavras de Barcellos (2011, p. 276), isso significa dizer que: “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”.

Diante disso, é que foi criada a reserva do possível (*vorbehalt des Möglichen*) no caso denominado *numerus clausus*, em que se pleiteava acesso irrestrito ao ensino superior em relação a alguns cursos com elevada procura, com base em dispositivo da Lei Fundamental germânica, que assegurava o direito à educação. A solução dada pelo Tribunal alemão foi que:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se

pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites razoáveis (SARLET, 2003, p. 265).

Para que se preservem os direitos constitucionais, é preciso ponderar os valores/direitos em conflito e os princípios a eles inerentes de acordo com o caso concreto, usando critérios de proporcionalidade e razoabilidade, conforme explicação de Marçal Justen Filho:

[...] a proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. Não há homogeneidade absoluta nos valores buscados por um dado Ordenamento Jurídico, pois é inevitável atrito entre eles. Pretender a realização integral e absoluta de um certo valor significaria inviabilizar a realização de outros. Não se trata de admitir a realização de valores negativos, mas de reconhecer que os valores positivos contradizem-se entre si. Assim, por exemplo, a tensão entre Justiça e Segurança é permanente em todo sistema normativo. A proporcionalidade relaciona-se com o dever de realizar, de modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo Ordenamento Jurídico, o princípio da proporcionalidade impõe, por isso, o dever de ponderar os valores (JUSTEN FILHO, 1998, p. 118).

Na ponderação dos valores que envolvem o direito à saúde (que efetiva com a garantia do direito à vida, dignificando a pessoa humana), com a reserva do financeiramente possível (que está vinculado ao limite orçamentário), como se trata de um direito relacionado ao mínimo existencial, a alegação de ausência de previsão orçamentária não se sustenta (para justificar a má gestão pública e alocação equivocada dos recursos existentes), permitindo-se nesses direitos sociais e fundamentais dos cidadãos.

No caso do Brasil:

[...] embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput) [...] (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 24).

Isso significa que, em caso de conflito entre princípios fundamentais, devem-se ponderar valores para dar primazia a um deles em detrimento do outro, como forma de garantir uma vida digna ao ser humano.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão foi taxativo na decisão proferida ao afirmar que:

[...] A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu

acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistências (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 24).

Cerca de um ano após a manifestação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (Bundesverwaltungsgericht), reconheceu o direito subjetivo ao indivíduo que buscava auxílio material do Estado, levando em conta a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade e o direito à vida. Ou seja, considerou-se que a pessoa independente e responsável necessita ser reconhecida como titular de direitos e obrigações, “o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 24), decisão proferida em 24.06.1954. Com base nisso, foi reconhecido a garantia estatal do mínimo existencial.

Por exemplo, “na Lei Orçamentária Anual de 2017, está previsto o investimento de R\$ 110,2 bilhões para área da saúde, e R\$ 62,5 bilhões para área da educação” (PORTAL PLANALTO, 2016, texto digital). Logo, garantem-se os direitos previstos no ordenamento jurídico de acordo com os recursos públicos existentes e previstos no orçamento total do Estado.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 481) explica:

[...] se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica (CANOTILHO, 2004, p. 481).

Canotilho (2004) afirma ser preocupante que os direitos sociais somente sejam assegurados enquanto houver dinheiro nos cofres públicos. Isso torna os direitos sociais disponíveis mediante “cofres cheios”, desobrigando o Estado de cumprir com as obrigações positivas asseguradas constitucionalmente, na medida em que o Poder Executivo alega suas limitações orçamentárias em matéria de defesa. Além disso, o autor alega que o Poder Judiciário, quando determina que o Estado implemente direitos sociais, sem considerar o orçamento e seus limites, desrespeita o princípio da separação dos poderes. Entretanto, a reserva do possível não deve se sobrepor aos direitos fundamentais e sociais, conforme explica Oliveira (2006, p. 405):



Evidente que não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação e a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada. A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados (OLIVEIRA, 2006, p. 405).

O Estado do Sistema de Saúde é o maior atestado de que a ideologia política de um governo não garante a efetivação dos direitos básicos previstos na Constituição Federal Brasileira. Não é difícil se deparar com situações precárias dos hospitais, que vão desde a escassez de leitos, aparelhos deteriorados, falta de profissionais qualificados até a carência de alimentos.

O foco da reserva do possível é a destinação de todo o possível para atender a demanda dos direitos fundamentais do cidadão; contudo, é preciso evitar que se coloque em risco o orçamento público. Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 205) explica:

[...] um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o 'mínimo existencial' ou a 'reserva do possível' só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível (SILVA, 2010, p. 205).

Não se aborda a negativa do Estado em exercer os direitos, ou mesmo negá-los aos cidadãos; todavia, é necessário que se limite o que não há condições de acatar. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2007b, p. 35) afirma que:

Como dá conta à problemática posta pelo 'custo dos direitos', por sua vez, indissociável da assim designada 'reserva do possível', a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público. [...] oportuno apontar aqui que os princípios da moralidade e da eficiência, que direciona a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais [...] que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da

reserva do possível. [...] Assim, levar a sério a 'reserva do possível' significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes [...] (SARLET, 2007b, p. 355).

Para Sarlet (2013), o direito à saúde é de segunda dimensão, pois outorga ao indivíduo direito a prestações positivas que podem ser exigidas do Estado. Essa densificação do princípio da justiça social visa alcançar, para o ser humano, o mínimo existencial a fim de que ele tenha uma vida digna. Mas o que compreende o mínimo existencial?

Conforme Cançado Trindade (1997, p. 493), ainda não existe um consenso acerca do título concreto do mínimo existencial:

É significativo que já se comece hoje a considerar o que constituiria um 'núcleo fundamental' de direitos econômicos, sociais, e culturais. Há os que, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, argumentam que tal núcleo seria constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação. Em recentes reuniões internacionais de peritos também se tem referido, como possíveis componentes daquele núcleo, aos chamados 'direitos de subsistência' (e.g., direito à alimentação, direito à moradia, direito aos cuidados médicos e direito à educação) (TRINDADE, 1997, p. 493).

Na legislação brasileira, também não se encontra uma definição conceitual de mínimo existencial, nem mesmo a doutrina aborda com unanimidade o tema. Entretanto, um ponto em comum diz respeito à relação com as prestações materiais que asseguram condições mínimas de sobrevivência, conhecido como os "direitos sociais", previstos na CF/88.

Sarlet (2008, p. 316) sugere que se utilize o princípio da dignidade humana como parâmetro para a definição do mínimo existencial:

O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função democrática, podendo servir de parâmetros para avaliar qual padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido (SARLET, 2008, p. 316).

Nesse sentido, por exemplo, negar o acesso ao ensino fundamental implicaria violação do princípio da dignidade da pessoa humana, limitando a sua capacidade de compreensão e autodeterminação, de modo a manter a pessoa

sob o véu da ignorância incompatível com a sua dignidade. Dessa forma, transcreve-se o seguinte julgado:

MANDADO DE SEGURANÇA - MATRÍCULA EM CRECHE MUNICIPAL - MENOR CARENTE - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ECA - EDUCAÇÃO: DIREITO FUNDAMENTAL - MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL - PREVALÊNCIA DO DIREITO DA MENOR, POIS HÁ DIREITOS ACIMA DO ORÇAMENTO - PRECEDENTES DO STF. - O Ministério Público tem legitimidade para impetrar mandado de segurança em nome de crianças e idosos (ECA e Estatuto do Idoso), estando o Município legitimado para responder aos termos do pedido, isoladamente ou em conjunto com o Estado e a União (art. 7º e 201, IX, da Lei 8.069/90)- Não pode o Município erguer barreiras burocráticas, ensejando obstaculizar ou mesmo impedir o acesso de menores carentes em creches públicas, até porque a educação é direito fundamental, assegurado pela Constituição Federal e não pode ser restringido (art. 208, IV, da CF), o que torna ilegal o ato de autoridade que nega a matrícula em creche. - A cláusula chamada pela doutrina de 'reserva do possível' e aqui invocada pelo Município, nasceu de decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao julgar caso em que se discutia direito ao ensino superior. - Aqui, inversamente, o que se discute é o 'mínimo existencial', ou seja, o direito à creche, que, segundo o STF, não se submete a previsões orçamentárias nem 'a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública' (RE 436.996 - Rel. Celso de Mello - DJ de 3.2.2006) (TJ-MG 107020740134430011 MG 1.0702.07.401344-3/001(1), Relator: Wander Marotta. Data de julgamento: 01/07/2008, data de publicação: 25/07/2008).

O art. 208, da CF/88, estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante garantia de:

Art. 208. [...]

- I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Para garantir o cumprimento desse dever, foi fixado um percentual mínimo de recursos a serem aplicados na manutenção de desenvolvimento do ensino, previsto no art. 212, da CF/88. Ressalta-se que direitos como educação e saúde são considerados direitos fundamentais de caráter prestacional, razão pela qual foram contemplados com percentual mínimo de recursos a serem aplicados nas

suas ações e diretrizes básicas para a formulação de suas políticas públicas. Isso posto, em virtude de seu tratamento constitucional, é insuscetível seu afastamento invocando-se a cláusula da reserva do possível.

Da mesma forma, é incompatível com a dignidade da pessoa humana, um salário mínimo que não atenda suas necessidades vitais básicas, haja visto o disposto no art. 7º, inciso IV, da CF/88, que dispõe:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com **moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social**, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (grifo da autora).

Para Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen (2007) a efetivação plena dos direitos sociais deve ser a tônica dos Poderes Estatais:

Não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o Estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes [...] (SILVA; WEIBLEN, 2007, p. 52).

Como sabido, os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, que obrigam o Estado a observá-las e respeitá-las, vinculando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

## 2.2 Caracterização do direito à saúde

Considerando-se que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que por meio de políticas públicas sociais e econômicas busca reduzir o risco de doenças e outros problemas relacionados, é oferecido aos cidadãos o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Levando em consideração, também, a Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica de Saúde, Lei n. 8.080/90, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC, 2006, p. 22-27), elencou os principais direitos dos usuários do serviço de saúde, os quais são:

a) Ter acesso ao conjunto de ações e serviços necessários para a promoção, a proteção e a recuperação da sua saúde.

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SAÚDE. FORNECIMENTO DE BOMBA DE INFUSÃO CONTÍNUA DE INSULINA E DE MATERIAL COMPLEMENTAR. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES POLÍTICOS. DEVER ESTATAL DE PROMOÇÃO, PROTEÇÃO E RECUPERAÇÃO DA SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. É dever do Estado 'assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves'. (STJ, Primeira Turma, AgRg no Ag 858.899/RS, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 26.06.2007, DJU 30.08.2007). 2. Não há que se cogitar de ingerência indevida do Poder Judiciário no âmbito da discricionariedade da Administração, pois 'A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade'. (STJ, Segunda Turma, REsp 857.502/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 17.10.2006, DJU 30.10.2006). 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente afirmado ser inaplicável a teoria da 'reserva do possível' nas hipóteses em que se busca a preservação dos direitos à vida e à saúde, pois 'ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada'. (STJ, Segunda Turma, REsp 835.687/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 04.12.2007, DJU 17.12.2007). Os direitos constitucionais à saúde e à vida não podem ser inviabilizados em razão de alegações genéricas de impossibilidade financeira e orçamentária. 4. Procedência do pedido inicial. Sentença confirmada. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do Reexame Necessário, para confirmar a decisão de primeira instância. Fortaleza, 25 de janeiro de 2016. PRESIDENTE DO ÓRGÃO JULGADOR RELATOR PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA (TJ-CE - REEX: 01876682120138060001 CE 0187668-21.2013.8.06.0001, Relator: Francisco Gladysson Pontes, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 25/01/2016).

b) Ter acesso gratuito aos medicamentos necessários para tratar e restabelecer sua saúde.

APELAÇÃO CÍVEL - CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA A DIREITO À SAÚDE DE IDOSO - ARTS. 6º, 196 E SEQUINTEs, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ARTS. 3º E 15, DO ESTATUTO DO IDOSO - ACESSO A MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA E PERDA DO OBJETO DA LIDE - PRELIMINARES AFASTADAS - CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA O DESATE DA QUESTAO - RECURSO

CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO. I - A alegação de obrigação exclusiva do Estado-Membro em fornecer medicamento excepcional não prospera diante da responsabilidade solidária dos entes federados; II - Na medida em que o presente provimento jurisdicional ainda possui utilidade e necessidade, requisitos para sua apreciação, assim como se mostra adequado para atender à pretensão deduzida na peça inaugural, entendo patente o interesse do autor do processo, que apenas se esgotará com a prolação da sentença de mérito; III - O direito fundamental à saúde, previsto nos arts. 6º e 196 e seguintes da Constituição Federal, engloba o fornecimento de medicamentos excepcionais, de alto custo, a pacientes que não disponham de condições financeiras para adquiri-los; IV - Pela peculiaridade de cada situação e em face da urgência no caso da paciente, há que se afastar a burocracia e a delimitação no fornecimento dos medicamentos de que necessita, devendo ser considerados, antes de mais nada, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana; V - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNÂNIME (TJ-SE - AC: 2010213836 SE, Relator: Des. Cezário Siqueira Neto, Data de Julgamento: 16/11/2010, 2ª. CÂMARA CÍVEL).

c) Ter acesso ao atendimento ambulatorial em tempo razoável para não prejudicar sua saúde. Ter à disposição mecanismos ágeis que facilitem a marcação de consultas ambulatoriais e exames, seja por telefone, meios eletrônicos ou pessoalmente.

RECURSO DE AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COBERTURA DE APARELHOS AUDITIVOS. CLÁUSULA LIMITATIVA. DESTAQUE NECESSÁRIO. PRAZO MÁXIMO PARA MARCAÇÃO DE CONSULTAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS. 1. Aplicável, in casu, o Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual se justifica a interpretação das cláusulas favoravelmente à parte hipossuficiente, pois não teve possibilidade de discuti-las quando da contratação. Inteligência da Súm. 469, do STJ. 2. Além de não ter a chance de discutir o contrato, o consumidor se viu prejudicado ante o desatendimento, por parte da seguradora de saúde, da regra trazida no Art. 54, § 4º, do CDC, pois a cláusula limitativa do fornecimento de próteses e seus acessórios não foi posta em destaque no contrato. 3. A demora injustificada de marcação de consultas e início do tratamento médico necessário atinge direitos inerentes à personalidade do consumidor, tendo em vista a frustração da expectativa de lhe ser prestado adequadamente o serviço ofertado. Ilícito contratual que ultrapassa o mero incômodo, justificando a condenação em danos morais. Precedentes do STJ. 4. Atento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, resta mantida a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 5. Os danos materiais foram comprovados pela juntada de recibo de pagamento por consulta realizado em clínica particular, mantendo-se, assim, o pagamento da quantia de R\$ 100,00 (cem reais), acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e corrigido monetariamente pela tabela ENCOGE, ambos desde a data do efetivo prejuízo. 6. Por unanimidade de votos negou-se provimento ao recurso (TJ-PE - AGV: 2664708 PE, Relator: Alberto Nogueira Virgínio, Data de Julgamento: 29/05/2013, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04/07/2013).

d) Ter acesso a centrais de vagas ou a outro mecanismo que facilite a internação hospitalar, sempre que houver indicação médica, evitando que, no caso de doença ou gravidez, você tenha que percorrer os estabelecimentos de saúde à procura de um leito.

e) Ter direito, em caso de risco de morte ou lesão grave, transporte e atendimento adequado em estabelecimento de saúde habilitado a cuidar do caso, independentemente de seus recursos financeiros. Se necessária, a transferência somente poderá ocorrer quando seu quadro de saúde estiver estabilizado e houver segurança para você.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONCESSÃO DE TRANSPORTE DE GESTANTE POR UTI MÓVEL E VAGA EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA - ARTIGO 196 DA CF/88 - ILEGITIMIDADE PASSIVA - INOCORRÊNCIA - COMPETÊNCIA SOLIDÁRIA - NECESSIDADE DO TRATAMENTO MÉDICO E TRANSPORTE ADEQUADO - DEMONSTRAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA. A saúde compete solidariamente à União, Estados e Municípios, podendo o cidadão acionar qualquer desses entes federativos, conjunta, ou isoladamente, para fins de obtenção de tratamentos que não integram a tabela do Sistema Único de Saúde. O art. 196 da CF/88 não é regra programática, ou seja, dispensa a edição de leis de caráter infraconstitucional para sua exequibilidade; é pragmática, de eficácia imediata, posto seu caráter autoaplicável, por isso geradora de deveres para o Estado/ Município/ União e direitos para o cidadão. Deve ser mantida a sentença que julga procedente o pedido inicial e ratifica a liminar determinando que Município de Ituiutaba providencie a transferência de gestante através de UTI Móvel para unidade hospitalar adequada quando evidenciada a necessidade com risco de morte em caso de não atendimento (TJ-MG - AC: 10342120050261001 MG, Relator: Afrânio Vilela, Data de Julgamento: 14/05/2013, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/05/2013).

f) Ser atendido, com atenção e respeito, de forma personalizada em com continuidade, em local e ambiente digno, limpo, seguro e adequado para o atendimento.

g) Ser identificado e tratado pelo nome ou sobrenome e não por números, códigos ou de modo genérico, desrespeitoso ou preconceituoso.

h) Ser acompanhado por pessoa indicada por você, se assim desejar, nas consultas, internações, exames pré-natais, durante trabalho de parto e no parto. As crianças devem ter no prontuário a relação de pessoas que poderão acompanhá-las integralmente durante o período de internação.

i) Identificar as pessoas responsáveis direta e indiretamente por sua assistência, por meio de crachás visíveis, legíveis e que contenham o nome completo, a profissão e o cargo do profissional, assim como o nome da instituição.

j) Ter autonomia e liberdade para tomar as decisões relacionadas à sua saúde e à sua vida; consentir ou recusar, de forma voluntária e com adequada informação prévia, procedimentos diagnósticos, terapêuticos ou outros atos médicos a serem realizados.

k) Se você não estiver em condições de expressar a sua vontade, apenas as intervenções de urgência, necessárias para a preservação da vida ou prevenção de lesões irreparáveis, poderão ser realizadas sem que seja consultada sua família ou pessoa próxima de confiança. Se, antes, você tiver manifestado por escrito sua vontade de aceitar ou recusar tratamento médico, essa decisão deverá ser respeitada.

l) Ter liberdade de escolha do serviço ou profissional que prestará o atendimento em cada nível do sistema de saúde, respeitada a capacidade de atendimento de cada estabelecimento ou profissional.

m) Ter, se desejar, uma segunda opinião ou parecer de outro profissional sobre seu estado de saúde ou sobre procedimentos recomendados, em qualquer fase do tratamento, podendo, inclusive, trocar de médico, hospital ou instituição de saúde.

n) Participar das reuniões dos Conselhos de Saúde; das plenárias das Conferências de Saúde; dos Conselhos Gestores das unidades e serviços de saúde e outras instâncias de controle social que discutem ou deliberam sobre diretrizes e políticas de saúde gerais e específicas.

o) Ter acesso a informações claras e completas sobre os serviços de saúde existentes no seu município. Os dados devem incluir endereços, telefones, horários de funcionamento, mecanismos de marcação de consultas, exames, cirurgias, profissionais, especialidades médicas, equipamentos e ações disponíveis, bem como as limitações de cada serviço.

p) Ter garantida a proteção de sua vida privada, o sigilo e à confidencialidade de todas as informações sobre seu estado de saúde, inclusive diagnóstico, prognóstico e tratamento, assim como todos os dados pessoais que o identifiquem, seja no armazenamento, registro e transmissão de informações, inclusive sangue, tecidos e outras substâncias que possam fornecer dados identificáveis. O sigilo deve ser mantido até mesmo depois da morte. Excepcionalmente, poderá ser quebrado após sua expressa autorização, por decisão judicial ou diante de risco à saúde para seus descendentes ou terceiros.

q) Ser informado claramente sobre os critérios de escolha e seleção ou programação de pacientes, quando houver limitação de capacidade de atendimento do serviço de saúde. A prioridade deve ser baseada em critérios médicos e de estado de saúde, sendo vetado o privilégio, nas unidades do SUS, a usuários particulares ou conveniados de planos e seguros de saúde.

r) Receber informações claras, objetivas, completas e compreensíveis sobre seu estado de saúde, hipóteses diagnósticas, exames solicitados e realizados, tratamentos ou procedimentos propostos, inclusive seus benefícios e riscos, urgência, duração e alternativas de solução. Devem ser detalhados os possíveis efeitos colaterais de medicamentos, exames e tratamentos a que será submetido. Suas dúvidas devem ser prontamente esclarecidas.

s) Ter anotadas no prontuário, em qualquer circunstância, todas as informações relevantes sobre sua saúde, de forma legível, clara e precisa, incluindo medicações com horários e dosagens utilizadas, risco de alergias e outros efeitos colaterais, registro de quantidade e procedência do sangue recebido, exames e procedimentos efetuados. Cópia do prontuário e quaisquer outras informações sobre o tratamento devem estar disponíveis, caso você solicite.

t) Receber as receitas com o nome genérico dos medicamentos datilografadas, digitadas ou escritas em letra legível, sem a utilização de códigos ou abreviaturas, com o nome, assinatura do profissional e número de registro no órgão de controle e regulamentação da profissão.



u) Conhecer a procedência do sangue e dos hemoderivados e poder verificar, antes de recebê-los, o atestado de origem, sorologias efetuadas e prazo de validade.

v) Ser prévia e expressamente informado quando o tratamento proposto for experimental ou fizer parte de pesquisa, o que deve seguir rigorosamente as normas de experimentos com seres humanos no país e ser aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) do hospital ou da instituição.

w) Receber atendimento domiciliar e mesmo internação domiciliar, para procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros, visando o cuidado integral, desde que haja indicação médica e concordância expressa do paciente e de sua família.

y) Não ser discriminado nem sofrer restrição ou negação de atendimento, nas ações e serviços de saúde, em função de idade, raça, gênero, orientação sexual, características genéticas, condições sociais ou econômicas, convicções culturais, políticas ou religiosas, do estado de saúde ou da condição de portador de patologia, deficiência ou lesão preexistente.

x) Ter um mecanismo eficaz para apresentar sugestões, reclamações e denúncias sobre a prestação de serviços de saúde inadequados e cobranças ilegais, por meio de instrumentos apropriados, seja no sistema público, conveniado ou privado.

z) Recorrer aos órgãos de classe e conselhos de fiscalização profissional visando a denúncia e posterior instauração de processo ético disciplinar diante de possível erro, omissão ou negligência de médicos e demais profissionais de saúde durante qualquer etapa do atendimento ou tratamento (IDEC, 2006, p. 22-27).

Em consonância com os direitos dos pacientes elencados acima, o art. 197, da Constituição Federal, revela que as políticas sociais e econômicas, através de ações e serviços, devem ser consideradas de relevância pública:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Logo, é possível identificar, consoante ao art. 24, da CF/88, que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII - previdência social, proteção e defesa da saúde”.

Desse modo, não é suficiente declarar que todos possuem direito à saúde, pois cabe ao Estado, através de todos seus poderes, efetivar esses direitos. Arzabe (2006, p. 54) sustenta que:

A ação do Estado por políticas se faz vinculada a direitos previamente estabelecidos ou a metas compatíveis com os princípios e objetivos constitucionais, de forma que, ainda quando aqueles a serem beneficiados não tenham um direito a certo benefício, a provisão desse benefício contribui para a implementação de um objetivo coletivo da comunidade política (ARZABE, 2006, p. 54).

Então, compete ao Estado efetivar, garantir e promover os direitos fundamentais previstos na Constituição.

### **2.3 Princípios constitucionais informadores das Políticas Públicas de saúde**

Inicialmente, é preciso saber que a política e o direito podem ser usados como instrumentos de efetivação das ações sociais de cunho prestacional que o Estado deve implementar. Nesse sentido Bucci (2002, p. 241) conceitua políticas públicas como: “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

A implementação e a manutenção de políticas públicas de saúde são de fundamental importância na elaboração dos orçamentos. Contudo, sua execução depende das ações dos entes federados, conforme explica o Ministro Gilmar Mendes:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que a falta de legislação específica. Em outros termos, os problemas não são de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados (Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Julgado em 17/03/2010).

Para ser eficaz, uma política pública deve descrever os meios que serão utilizados para realizar os seus objetivos, as metas que pretende alcançar e os seus resultados. De acordo com Arzabe (2006, p. 65), são elementos definidores da positivação de políticas sociais: “(a) finalidade da política, (b) seus princípios, (c) diretrizes, (d) forma de organização e gestão, (e) ações governamentais, com atribuições e deveres e competências, (f) fontes de recursos financeiros”.

De acordo com a Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080/90, os objetivos e atribuições do SUS são: a assistência às pessoas, a vigilância epidemiológica, a assistência farmacêutica, a vigilância sanitária e a saúde do trabalhador. A assistência às pessoas é entendida como o zelo à saúde em tudo que envolve o ser humano, sendo as ações de promoção, prevenção, tratamento e reabilitação.

Instituído pela Lei Orgânica de Saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS) dispõe em seu art. 7º:

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:  
I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência [...].

A universalidade de acesso consiste em todos terem o direito de utilizar o Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis: preventivos e curativos, individuais e coletivos e de baixa, média e alta complexidade, como se compreende da leitura do art. 7º, inciso II da referida lei:

Art. 7º. [...]  
II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Para a efetiva integralidade de assistência, deveria ser implementado um conjunto de ações relacionadas entre si. Em suma, quando o paciente procurasse a rede do SUS para atendimento, seriam oferecidas todas as ações necessárias para o tratamento, preservando a autonomia dos pacientes, no art. 7º, inciso III:

Art. 7º. [...]  
III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral.

A preservação da autonomia também está assegurada na Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Estabeleceu-se, no seu art. 5º, o “Direito à Integridade pessoal: Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”. Considera-se preservada a autonomia a partir da transparência em relação às informações pertinentes à sua saúde, de modo que

se autoriza o paciente a participar das decisões referentes ao seu tratamento. Nesse sentido, transcreve-se a explicação de Torres (2007, texto digital):

Autonomia significa autogoverno, autodeterminação da pessoa em tomar decisões relacionadas à sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica e suas relações sociais. Pressupõe existência de opções, liberdade de escolha e requer que o indivíduo seja capaz de agir de acordo com as deliberações feitas. O respeito à autodeterminação fundamenta-se no princípio da dignidade da natureza humana, acatando-se o imperativo categórico Kantiano que afirma que o ser humano é um fim em si mesmo. Algumas variáveis contribuem para que o indivíduo torne-se autônomo, tais como condições biológicas, psíquicas e sociais. Podem existir situações transitórias ou permanentes que uma pessoa pode ter uma autonomia diminuída, cabendo ao papel de decidir (2007, texto digital).

Nessa perspectiva, o inciso IV, do art. 7º, da CF/88, remete à igualdade nos tratamentos da rede pública de atendimento à saúde, sem distinção de raça, cor, posição social, religião, situação financeira, entre outros. Além disso, ressalta-se que o paciente é o maior interessado em sua saúde, de modo que tem direito a todas as informações, até mesmo a requerer os resultados de exames, bem como testes realizados com diagnóstico correto, devendo-se atender ao disposto no art. 7º, inciso V.

A divulgação das informações quanto ao potencial dos serviços de saúde, como alude o inciso VI, do art. 7º, da CF, refere-se à disponibilidade de opções para o paciente ao escolher o local de saúde para tratamento, especialmente quando o SUS não abonar o referido.

Ademais, prevê o inciso VII, do artigo em questão, a “utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática”. É sabido que a coletividade tem prioridades ao tratar de epidemias, por exemplo. Portanto, os estudos da epidemiologia podem ser úteis no projeto de ações prioritárias.

A participação da comunidade na saúde é relevante, visto que deixa o processo mais democrático e funcional. A Lei n. 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade nas questões de saúde, por meio dos conselhos e conferências de saúde:

Art. 7º. [...]

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

- a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
- b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde.

A descentralização em tese fortalece a rede de atendimento do SUS, uma vez que oferece autonomia para as entidades governamentais, especialmente aos municípios, como, por exemplo, com os consórcios intermunicipais. Já a hierarquização deveria se dar de forma sistêmica, porém há muitas dificuldades no atendimento aos pacientes que necessitam de tratamentos mais complexos. Isso porque, embora exista a hierarquização, falta a organização no atendimento.

O inciso X demonstra a fundamental importância da integração das ações, tendo em vista que de nada adiantaria dispor de tratamentos, exames, internações, se quem causa as doenças não for tratado: “integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico”.

Ademais, o Estado precisa manter uma estrutura com os recursos imprescindíveis para a prestação de serviço do SUS, a qual depende de recursos financeiros, materiais e humanos, bem como tecnológicos de todas as demais esferas de governo. Isso está previsto no inciso XI, da referida lei:

As atividades de atendimento do SUS devem ser padronizadas para que se possa oferecer um serviço de qualidade, conforme o inciso XII: “capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência”. Além disso, por meio do disposto no inciso XIII, que determina: “organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos”, pretende-se a melhoria do atendimento para que se possa direcionar o paciente a sua real necessidade.

Ainda, se tratando dos princípios e das diretrizes do SUS, as quais contemplam o conjunto de recomendações técnicas e organizacionais, criadas pelo Ministério da Saúde, citam-se algumas:

- Diretrizes para a Atenção Psicossocial: Portaria MS/GM nº 678, de 30/3/2006;
- Diretrizes nacionais para o saneamento básico: Lei nº 11.445, de 05/01/2007;
- Diretrizes Nacionais para a Atenção à Saúde das Pessoas Ostomizadas (instituídas pela Portaria MS/SAS nº 400, de 16/11/2009);
- Diretrizes da Política Nacional de Saúde Bucal, 2004;
- Diretrizes para execução e financiamento das ações de Vigilância em Saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Portaria nº 3.252/2009;

- Diretrizes para a Programação Pactuada e Integrada da Assistência à Saúde;
- Diretrizes para a Implantação de Complexos Reguladores;
- Diretrizes para a implementação do Programa de Formação de Profissionais de Nível Médio para a Saúde (PROFAPS). Portaria nº 3.189/2009;
- Diretrizes para Implementação do Projeto Saúde e Prevenção nas Escolas, 2006;
- Diretrizes para o controle da sífilis congênita, 2006;
- Diretrizes para o fortalecimento para as ações de adesão ao tratamento para as pessoas que vivem com HIV e AIDS;
- Diretrizes para Vigilância, Atenção e Controle da Hanseníase (Portaria MS/GM nº 3.125, de 07/10/10);
- Estratégia Nacional de Avaliação, Monitoramento, Supervisão e Apoio Técnico aos Centros de Atenção Psicossocial;
- Pacto Nacional: Um mundo pela criança e o adolescente do semiárido;
- Pacto Nacional pela Redução Mortalidade Materna e Neonatal, 2007;
- Lei no 11.445, de 05/01/2007, Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico (REIS; ARAÚJO; CECÍLIO, 2015, p. 2-3).

As diretrizes acima elencadas têm influência na forma como os sistemas municipais de saúde são organizados. Cabe aos gestores do nível municipal executar e avaliar as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, tendo em vista que o município é o responsável pelas ações de saúde da sua população. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS, 2003) assegura que devem ser oferecidos em quantidade e qualidade adequadas os serviços pertinentes à saúde dos munícipes.

Conforme já mencionado, o art. 7º, inciso I, da Lei 8.080/90, garante o acesso universal aos serviços de saúde, conhecido como o princípio da universalidade, ou seja, comum a todos. Este estabelece o acesso a todos os serviços sociais referentes à saúde da população e versa o atendimento por meio dos serviços estatais prestados pela União, Estado e Município. Dessa forma, no inciso II, do art. 198, da CF, está disposto que ações e serviços públicos em saúde devem seguir a diretriz de “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

Cabe, ainda, ressaltar o princípio da integralidade, do art. 7º, inciso II, da Lei 8.080/90: “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”. Isto é, o inciso remete à ideia de atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Nesse sentido, o Conselho

Nacional da Saúde (CNS, 2006) assegura que o princípio da integralidade se caracteriza como um princípio que confere à população o direito de atendimento de forma plena em função das suas necessidades, pela articulação de ações curativas e preventivas nos três níveis de assistência. Sendo assim, o conceito de integralidade está atrelado às ações feitas para a promoção da saúde, assistência aos doentes e prevenção de riscos.

Ainda, em face dos princípios constitucionais das políticas públicas de saúde, é relevante trazer o princípio da equidade, previsto no art. 7º, inciso IV, da Lei 8.080/90: “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”. Ou seja, o tratamento deve ser realizado conforme as necessidades da pessoa, de forma justa, de modo a reduzir as desigualdades da sociedade. O princípio da equidade surgiu em uma época contemporânea com o significado de igualdade; porém, mais adiante, com as diferenças entre as sociedades, percebeu-se que somente a ideia de igualdade não era suficiente para acatar as necessidades da população. Dessa forma, o princípio passou a garantir o direito à saúde para cada indivíduo, de acordo com a sua individualidade, levando em conta que cada pessoa é diferente.

Embora haja muitas dificuldades em garantir o acesso aos serviços de maior complexidade, em razão de equipamentos danificados ou pela falta de profissionais qualificados ou, até mesmo, de recursos financeiros, é importante que os critérios de organização fluam corretamente para a manutenção da oferta de serviços.

## **2.4 A saúde como dever do Estado**

O art. 196, da CF/88, deixa evidente que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Diante disso, o dever do Estado é pressuposto fundamental na efetivação da saúde, uma vez que vivemos em um Estado democrático de Direito. O Estado, nesse caso, refere-se a todos os entes da Federação: à União Federal, ao Distrito Federal, aos Estados e aos Municípios.

À vista disso, é importante mencionar o art. 196, da CF/88:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tal preceito é complementado pelo art. 2º, da Lei n. 8.080/90, segundo o qual “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

O Estado democrático de Direito está ligado ao direito à saúde, visto que a Constituição de 1988 o elenca como um direito social fundamental, essencial ao ser humano. Portanto, o Estado deve tornar possível e acessível aos cidadãos o tratamento que garanta, no mínimo, uma melhor qualidade de vida se não for possível a cura.

Marcos Maselli Gouvêa (2002, texto digital), baseando-se nos princípios de Canotilho e Ingo Sarlet, preceitua em relação ao dever do Estado para com a saúde:

Embora não se possa obter do Estado uma prestação determinada, pode-se exigir que ao menos alguma atitude, dentre as eficazes, seja tomada diante de um certo problema de saúde. Existindo apenas uma opção de atuação eficaz, que permita a melhoria das condições de saúde ou a manutenção da vida da pessoa interessada, é esta mesma a conduta que deve ser adotada pelo Poder Público (GOUVÊA, 2002, texto digital).

André da Silva Ordacgy (2007) afirma que o Estado deve prestar os serviços de saúde desde os níveis mais básicos até os mais complexos, como, por exemplo, o atendimento à saúde domiciliar, nas situações em que não cabe a internação do paciente, mas se faz necessário a assistência médica domiciliar. É dever do Estado, também, fornecer medicamentos que não são oferecidos pelo SUS às pessoas que não têm condições de arcar com as custas, tendo em vista que o direito à saúde se tipifica como um bem jurídico atrelado diretamente ao direito à vida.

Com a criação do SUS, foram designados os serviços a serem prestados pelas esferas Municipais, Estaduais e Federal. Levando-se em conta que o município é o primeiro responsável pela atenção básica, os medicamentos considerados básicos precisam ser fornecidos gratuitamente. Já os medicamentos excepcionais devem ser disponibilizados pelo Estado, e, por fim,



os medicamentos conhecidos como extraordinários ficam a cargo da União em fornecer mediante comprovação de necessidade. São devidos, por exemplo, o fornecimento de medicamentos para o tratamento de esclerose múltipla, hepatites, alienação mental, diabetes, neoplasia maligna, mal de Parkinson, AIDS, paralisia irreversível, hipertensão, disfunções renais, bem como, cadeiras de rodas, fraldas e suplementos alimentares.

O art. 6º, da Lei 8.080/90, é responsável pelo dever do Estado em fornecer medicamentos aos cidadãos que deles necessitam. Para tanto, dispõe:

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS:

I - a execução de ações: ...

[...]

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Em um primeiro momento, o pedido da medicação se faz via Unidade Básica de Saúde, por meio de receita médica para solicitação. Caso o medicamento esteja disponível na farmácia da unidade, já pode ser retirado; do contrário, o secretário da saúde emite uma negativa de indisponibilidade do medicamento, entregando-a ao paciente, de modo que este pode requerer, judicialmente, o fornecimento do medicamento pelo Estado. A ação é realizada normalmente por meio de Mandado de Segurança com pedido liminar (mas não exclusivamente, podendo ser pleiteado também por outras ações) com o qual é possível obter a ordem do fornecimento em poucos dias.

O fornecimento de medicamentos, bem como de outros utensílios mencionados acima, mediante a “judicialização da Saúde” é hoje uma forma eficaz para prover as omissões do Estado, dado que a falta do medicamento ou tratamento não incluso no Sistema Único de Saúde não é justificativa cabível para não fornecê-lo.

A jurisprudência tem se pronunciado a respeito da seguinte forma:

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. **FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO BARACLUDE (ENTECAVIR) 0,5mg.** NECESSIDADE E IMPOSSIBILIDADE DO PACIENTE DE SUPORTAR AS DESPESAS DO TRATAMENTO. DENOMINAÇÃO COMUM BRASILEIRA. INVIABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. Cabe ao Estado (lato sensu) o dever de garantir o direito constitucional à saúde, devendo adotar

medidas que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal. No mesmo sentido, o art. 241 da Constituição Estadual determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação. Caso concreto em que tanto a necessidade da utilização do medicamento prescrito quanto a impossibilidade do paciente de suportar as despesas do tratamento. O fornecimento do medicamento pleiteado pela Denominação Comum Brasileira é viável apenas quando expressamente autorizado pelo médico assistente da parte autora, circunstância inócua no caso dos autos. **APELO PROVIDO.** (Apelação Cível Nº 70072587157, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 15/03/2017).

Sendo assim, é dever do Estado garantir aos cidadãos o direito à saúde, não sendo aceitável a recusa do fornecimento gratuito de medicamentos a pacientes em estado considerado grave ou não, sem condições de custear as respectivas despesas, levando em consideração a real necessidade de fazer uso do medicamento.

Muito embora o Poder Público não possa se omitir, em se tratando do fornecimento dos medicamentos para garantia e promoção da saúde, a realidade muitas vezes é outra: o sistema público precário obriga o paciente a buscar a “judicialização da saúde” diante da insuficiência de recursos.

Reforçando o entendimento sobre o dever prestacional do Estado com relação à saúde, foi proferida, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, a seguinte decisão:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inócua, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (RE 267.612- RS, DJU 23/08/2000, Rel. Min. Celso de Mello).

Logo, o Poder Público está vinculado na execução das suas ações ao cumprimento das normas constitucionais e ordinárias que regulamentam a saúde pública, devendo prestar um atendimento que satisfaça as necessidades das pessoas como forma de assegurar os direitos fundamentais sociais.

Sendo assim, além de possuir características de direito subjetivo público, a Constituição Federal impõe ao Estado ações que diminuam os riscos de doença, bem como dispõe o acesso universal, ou seja, um direito de todos.

### **3 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Inobstante o fato de o direito à saúde estar assegurado como direito público subjetivo, constitucionalmente tutelado como um direito social do ser humano, o art. 196, da CF/88, é visto como uma regra com caráter programático, cujo cumprimento deve ser efetivado por todos os entes políticos que constituem a República Federativa do Brasil. Essa caracterização é essencial para se compreender a necessidade de efetivação jurídica do direito à saúde.

Sabendo-se que a vida é tutelada como direito fundamental impõe-se sua aplicação imediata, consoante o artigo 5º, parágrafo 1º, da CF/88, de forma que o acesso à saúde seja efetivado integralmente. Por isso, a CF/88 vinculou todos os entes Estatais a promover e efetivar a saúde por meio de Políticas Públicas.

Ordacgy (2007) afirma que a saúde se encontra entre os bens mais preciosos da vida humana, digna de obter a tutela protetiva estatal, pois se consolida em característica inseparável do direito à vida. Dessa forma, a saúde deve ser reconhecida como um direito social fundamental, que pressupõe a efetivação da dignidade da pessoa humana com base no Estado Democrático de Direito, cujos objetivos fundamentais incluem desde a construção de uma sociedade solidária até a promoção do bem de todos.

Partindo da premissa de que a vida é um direito fundamental, dignificante, que compreende a efetivação do direito à saúde, é correto afirmar que se exigem

do Estado prestações positivas para sua garantia. Nesse sentido, Silva (2002, p. 285-286) conceitua os direitos sociais como:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2002, p. 285-286).

Dessa forma, considerando-se o disposto nos arts. 1º, 3º e 5º, da CF/88, o descumprimento do art. 6º importa em desrespeito de preceitos constitucionais obrigatórios. Por isso, ao interpretar o art. 196, da CF/88, Sarlet (2005, p. 8) destaca que:

Tem-se a 'recuperação' como referência à concepção de 'saúde curativa', ou seja, a garantia de acesso, pelos indivíduos aos meios que lhes possam trazer a cura da doença, ou pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida (o que, de modo geral ocorre nas hipóteses de tratamentos contínuos). Já as expressões 'redução do risco de doença' e 'proteção' reportam-se à noção de 'saúde preventiva', pela realização de ações e políticas de saúde que tenham por escopo evitar o surgimento da doença ou do dano à saúde (individual ou pública), ensejando a imposição de poderes específicos de proteção, decorrentes, entre outros, da vigência dos princípios da precaução e prevenção. O termo 'promoção' enfim, atrela-se a busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas – o que demonstra a sintonia do texto constitucional com o dever de progressividade na efetivação do direito à saúde, bem assim com a garantia do mais 'alto nível possível de saúde' (SARLET, 2005, p. 8).

O conceito interpretado por Sarlet, referente ao art. 196, da CF, abrange todos os aspectos capazes de garantir um efetivo e desejável estado de saúde, tendo em vista que a divisão das funções entre os entes governamentais não podem tornar-se um obstáculo para o direito do cidadão à percepção de tratamentos médicos.

### **3.1 A posição do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde**

A problemática encontrada na efetivação do direito à saúde face à ineficácia do Poder Executivo reforçou o papel do Poder Judiciário, especialmente

do Ministério Público, para assegurar a implementação dos direitos sociais e individuais indisponíveis, nos termos do que apregoa o art. 127, da CF/88:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis [...].

Como já reportado, o direito à saúde é um direito social diretamente relacionado à inviolabilidade do direito à vida e à dignidade. Contudo, vem sendo negligenciado pelos Poderes Executivo e Legislativo, obrigando o judiciário a intervir para satisfazer as demandas na área da saúde. Isso ocorre porque, se, para efetivar os direitos sociais, são necessárias políticas públicas e estas dependem de recursos econômicos, está-se diante de uma promessa institucional de direitos sociais.

Uma parcela de culpa pela falta de efetividade do art. 196, da Constituição, está “na falta de vontade política, na ausência de respeito à Constituição por parte dos Poderes Públicos e na ausência de compreensão do porquê de existirem Poderes Constituídos imbuídos da defesa do interesse público” (SCHWARTZ, 2001, p. 159). Nesse caso, há judicialização do direito à saúde, de modo que o Poder Judiciário assume a efetivação desse direito, como se depreende da audiência pública realizada pelo STF:

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (micro-justiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, 2001, p. 9).

Nesse sentido, de acordo com Schwartz (2001, p. 165), o Poder Judiciário “assume papel de destaque na guarda do Estado Democrático de Direito, que vise à transformação do status quo – principalmente o sanitário, já que não se pode falar em vida digna sem saúde”. O direito à saúde, portanto, é indispensável para a concretização da dignidade da pessoa.

A omissão do Legislativo e do Executivo na implementação das políticas públicas de proteção dos direitos fundamentais e dos direitos sociais deve ser objeto de apreciação do Poder Judiciário, pois como Fleury explica (2012, p. 15):

Não há dúvidas que a judicialização decorre do aumento da democracia e da inclusão social, representados pela positivação dos direitos sociais e pela difusão da informação e da consciência cidadã. No entanto, também é fruto das debilidades do Legislativo, ao manter a indefinição do arcabouço legal, e do Executivo, por atuar na ausência de definição de normas ou parâmetros que impeçam as instituições estatais, por serem tão precárias, de se responsabilizar pela peregrinação dos usuários em busca da atenção à saúde (FLEURY, 2012, p. 15).

Desse modo, a judicialização da saúde é a tentativa de conseguir tratamentos, cirurgias, medicamentos e exames que não estão sendo oferecidos pelo SUS ou até mesmo pelos planos privados, já que as vias administrativas são lentas e os meios de saúde mostram-se insensíveis às necessidades imediatas dos pacientes.

A prática da judicialização teve início na década de 90 (ACCA, 2013), tendo em vista a crescente dificuldade em conseguir tratamentos médicos e medicamentos prestados pelo Estado. Conforme explicação do ministro Celso de Mello:

O direito à saúde é um direito público subjetivo que deve ser assegurado para todos pelo Estado, o qual não pode transformá-lo 'em promessa constitucional inconsequente'. Motivo pelo qual, se a Administração Pública descumprir referido direito, cuja essencialidade fez com que 'o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública', o Poder Judiciário está legitimado a assegurá-lo (AgR-RE nº 271.286-8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12.09.2000).

Logo, caso não sejam oferecidas condições para o acesso da população à saúde, o Poder Judiciário pode ser acionado para resolver a situação, garantindo e efetivando o direito à saúde por meio da judicialização. Muitas vezes, é necessária, para cumprimento das políticas existentes em matéria de saúde, uma determinação judicial que deve considerar a razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado, conforme decisão do ministro Celso de Mello:

Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos (ADPF-MC nº 45-9, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04 mai. 2004).

Tratando-se de garantir a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, o Poder Judiciário não pode se aliviar da responsabilidade de concretizar o direito à saúde, quando das omissões do Poder Público. Como diz o ministro Gilmar Mendes, na Audiência Pública:

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais (Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Julgado em 17/03/2010).

Nesse sentido, a tutela jurisdicional dos direitos sociais, ainda que demonstre uma judicialização excessiva, tem sido uma importante ferramenta de efetivação de direitos.

### **3.2 O Conselho Federal de Medicina e o direito à saúde**

O Conselho Federal bem como os Conselhos Regionais de Medicina são autarquias criadas pela Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, com competência para fiscalizar e supervisionar a ética profissional e o exercício da profissão, nos termos do que dispõe o art. 2º, da referida lei:

Art. 2º. O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

A atuação dos Conselhos Federal e Regional de Medicina deve evitar que os profissionais tornem o doente terminal um instrumento de estudos médicos, sem se importar com a sua vontade/dignidade (Exposição de Motivos, Resolução n. 1805/2006 CFM).



Em 31 de agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução n. 1.995/2012, dispondo sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira.

Cabe salientar que a Resolução n. 1.995/2012 a qual autoriza as diretivas antecipadas do paciente, regulamenta a matéria no Brasil, antes da existência de lei aprovada pelo Poder Legislativo. A aplicabilidade da Resolução encontra amparo nos princípios constitucionais como: o princípio da Dignidade Humana (art. 1º inciso III CF/88), e o princípio da Autonomia Privada (art. 5º CF/88), os quais reconhecem o direito a uma vida digna, conferindo a autonomia ao paciente terminal ou no fim da vida. Entretanto, para alcançar maior segurança jurídica recomenda-se o registro das referidas diretivas no Cartório de Notas.

A Resolução arrolou os seguintes considerados:

- Considerando a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;
- Considerando a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;
- Considerando a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;
- Considerando que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;
- Considerando que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo.

Essa Resolução visa evitar tratamentos desumanos ou degradantes, em conformidade com o artigo 5º, inciso III, da CF/88. Por isso, dispõem os artigos e seus respectivos parágrafos:

Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º. Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Para a criação da Resolução, considerou-se de um lado que o tema diretivas antecipadas de vontade encontra-se no âmbito da autonomia do paciente e, de outro, que o conceito da Resolução não foi posto no Código de Ética Médica brasileiro. Desse modo, entendeu-se cabível encaminhar ao CFM a sugestão e as justificativas da Resolução.

As justificativas para a efetiva Resolução são:

#### **1) Dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida**

Um aspecto relevante no contexto do final da vida do paciente, quando são adotadas decisões médicas cruciais a seu respeito, consiste na incapacidade de comunicação que afeta 95% dos pacientes (D'Amico et al, 2009). Neste contexto, as decisões médicas sobre seu atendimento são adotadas com a participação de outras pessoas que podem desconhecer suas vontades e, em consequência, desrespeitá-las.

#### **2) Receptividade dos médicos às diretivas antecipadas de vontade**

Pesquisas internacionais apontam que aproximadamente 90% dos médicos atenderiam às vontades antecipadas do paciente no momento em que este se encontra incapaz para participar da decisão (Simón-Lorda, 2008; Marco e Shears, 2006). No Brasil, estudo realizado no Estado de Santa Catarina, mostra este índice não difere muito. Uma pesquisa entre médicos, advogados e estudantes apontou que 61% levariam em consideração as vontades antecipadas do paciente, mesmo tendo a ortotanásia como opção (Piccini et al, 2011). Outra pesquisa, também recente (Stolz et al, 2011), apontou que, em uma escala de 0 a 10, o respeito às vontades antecipadas do paciente atingiu média 8,26 (moda 10). Tais resultados, embora bastante limitados do ponto de vista da amostra, sinalizam para a ampla aceitação das vontades antecipadas do paciente por parte dos médicos brasileiros.

#### **3) Receptividade dos pacientes**

Não foram encontrados trabalhos disponíveis sobre a aceitação dos pacientes quanto às diretivas antecipadas de vontade em nosso país. No entanto, muitos pacientes consideram bem-vinda a oportunidade de discutir antecipadamente suas vontades sobre cuidados e tratamentos a serem adotados, ou não, em fim de vida, bem como a elaboração de documento sobre diretivas antecipadas (in: Marco e Shears, 2006).

#### **4) O que dizem os códigos de ética da Espanha, Itália e Portugal**

Diz o artigo 34 do Código de Ética Médica italiano: 'Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso' (O médico, se o paciente não está em

condições de manifestar sua própria vontade em caso de grave risco de vida, não pode deixar de levar em conta aquilo que foi previamente manifestado pelo mesmo – traduzimos). Desta forma, o código italiano introduziu aos médicos o dever ético de respeito às vontades antecipadas de seus pacientes. Diz o artigo 27 do Código de Ética Médica espanhol: '[...] Y cuando su Estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables'. Portanto, da mesma forma que o italiano, o código espanhol introduz, de maneira simples e objetiva, as diretivas antecipadas de vontade no contexto da ética médica. O recente Código de Ética Médica português diz em seu artigo 46: '4. A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer'. No parágrafo seguinte diz que o médico poderá investigar estas vontades por meio de representantes e familiares. Deste modo, os três códigos inseriram, de forma simplificada, o dever de o médico respeitar as diretivas antecipadas do paciente, inclusive verbais.

### **5) Comitês de Bioética**

Por diversos motivos relacionados a conflitos morais ou pela falta do representante ou de conhecimento sobre as diretivas antecipadas do paciente, o médico pode apelar ao Comitê de Bioética da instituição, segundo previsto por Beauchamps e Childress (2002, p. 275). Os Comitês de Bioética podem ser envolvidos, sem caráter deliberativo, em muitas decisões de fim de vida (Marco e Shears, 2006; Savulescu; 2006; Salomon; 2006; Berlando; 2008; Pantilat e Isaac; 2008; D'Amico; 2009; Dunn, 2009; Luce e White, 2009; Rondeau et al, 2009; Siegel; 2009). No entanto, embora possa constar de maneira genérica esta possibilidade, os Comitês de Bioética são raríssimos em nosso país. Porém, grandes hospitais possuem este órgão e este aspecto precisa ser contemplado na resolução.

Em tese, a Resolução n. 1.995/2012 refere-se aos pacientes que estão em estado terminal e no fim da vida. Entende-se, por paciente em estado terminal, aquele que apresenta uma alta probabilidade de morrer em um curto período de tempo, e cuja condição é irreversível, com ou sem tratamento. Enquanto que paciente no fim da vida refere-se àqueles que se encontram em estado vegetativo persistente. Nesses casos, a intenção da Resolução é preservar a dignidade da pessoa humana e, utilizando o princípio da autonomia da vontade, evitar a obstinação terapêutica, mantendo a dignidade do paciente. Sobre o assunto, Bento (2008, p. 316) discorre:

No Brasil, é preciso recuperar o valor da dignidade da pessoa humana. Existe uma degradação de humanidade no mundo da saúde, causada pela deterioração no mundo da escala de valores, tornando árdua a consideração do doente como pessoa. Tal situação vai se transformando numa doença cada vez mais grave e atinge não apenas a pessoa do doente, mas também as estruturas hospitalares e os serviços sociais de atendimento à saúde, envolvidos na ação de renovação (BENTO, 2008, p. 316).

Para recuperar o valor da dignidade da pessoa humana justifica-se a utilização do princípio da autonomia do paciente, pois, conforme Conche (1993, p. 97), “sem a liberdade de deixar esta vida, viveríamos sem a liberdade de viver, porque, não tendo a liberdade de morrer, não estaríamos na vida por escolha, mas encarcerados nela como uma prisão”.

Além disso, o parágrafo segundo, do art. 2º, da Resolução, dispõe que o médico registrará no prontuário do paciente as diretivas antecipadas de vontade afirmadas por ele. Ou seja, a CFM regulamentou a função do médico autorizando-o a registrar, no prontuário, os desejos terapêuticos do paciente. A conduta médica está, portanto, limitada pelas normas éticas e jurídicas, que determinam a observância da vontade do paciente no que diz respeito aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem adotados no tratamento.

Por isso, a jurisprudência tem se manifestado a respeito da efetividade da Resolução 1.995/2012:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para ‘aliviar o sofrimento’; e, conforme laudo psiquiátrico se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013).

A aplicação da ortotanásia depende da autonomia do paciente terminal, bem como da ética médica, visto que o médico não deve aplicar tratamento fútil,

ou seja, se não houver chance de cura, o compromisso médico deve ser com o conforto e a dignidade do paciente.

Diante disso, é relevante justificar que a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.995/2012 foi efetivada com intuito de que pacientes em estado terminal ou no fim da vida possam ter uma morte “correta”, sem submeterem-se a tratamentos degradantes e desumanos, que visam somente prolongar a sua vida, sem nenhuma chance real de cura.

Nesse sentido, a Resolução admitiu o uso das diretivas antecipadas no Brasil, mas demonstra-se a necessidade de uma regulamentação sobre questões como o discernimento do outorgante, os tratamentos que podem ou não ser recusados, os critérios necessários para recusa e a participação do médico na realização das diretivas.

### 3.3 O Direito à saúde e sua efetividade jurídica

A efetividade jurídica da saúde não pode ser confundida com eficácia, pois toda realização prática presume a existência de uma eficácia jurídica. Para entender essa diferença, arrolam-se os ensinamentos de Gidi (2007, p. 33) acerca da efetividade:

O terceiro objetivo buscado pela tutela coletiva dos direitos é o de tornar efetivo o direito material e promover as políticas públicas do Estado. Isso é obtido de duas formas. A primeira é através da realização **autoritativa** da justiça no caso concreto de ilícito coletivo, corrigindo de forma coletiva o ilícito coletivamente causado (**corrective justice**). A segunda é realizada de forma profilática, através do estímulo da sociedade ao cumprimento **voluntário** do direito, através do desestímulo à prática de condutas ilícitas coletivas, por meio da sua efetiva punição (**deterrence**). Numa posição intermediária, entre compensação e prevenção, está o cumprimento voluntário através da ameaça de realização **autoritativa**: os acordos coletivos (GIDI, 2007, p. 33, grifo da autora).

Ou seja, a efetividade deve estar relacionada a uma preexistência da eficácia de uma norma. Segundo Andréas Krell (2002, p. 39):

Por eficácia jurídica entendemos a capacidade (potencial) de uma norma constitucional para produzir efeitos jurídicos. A efetividade, por sua vez, significa o desempenho concreto da função social do Direito, representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a

aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (KRELL, 2002, p. 39).

Verifica-se que a saúde é direito atrelado à proteção da vida e garantia à dignidade humana. Dessa concepção, compreende-se que a saúde é um elemento de cidadania, assim como um direito protegido constitucionalmente, de modo que suas normas devem ser submetidas a uma aplicabilidade e efetividade plena e imediata.

Por ser considerado tanto um direito público subjetivo como um direito prestacional social, Sarlet (2005, p. 333) explica o direito à saúde da seguinte forma:

O direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume uma dupla dimensão individual e coletiva (transindividual), cabível, portanto, sua tutela jurisdicional, inclusive mediante ação proposta pelo Ministério Público (cuidando-se de direito individual indisponível) (SARLET, 2005, p. 333).

Ressalta-se que a saúde não é passível de prestação pecuniária, já que o seu objeto é a prestação sanitária de saúde. A prestação objetiva decorre das políticas públicas para atender os objetivos sociais; a prestação subjetiva, da preservação e qualidade da saúde, tornando o cidadão titular de um direito a ser exigido do Estado quando não prestado.

Como já mencionado, o embasamento constitucional que rege o direito à saúde encontra-se expresso nos arts. 6º e 196, da CF/88, devendo o Estado prestá-lo. Diante disso, Sarlet (2008, p. 41) salienta:

Com efeito, na condição de direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito à proteção da saúde e, em primeira linha, resguarda o titular contra ingerências ou agressões que constituam interferências na e ameaças à sua saúde, sejam oriundas do Estado, sejam provindas de atores privados. Já no direito a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que asseguram a fruição do direito. Em sentido amplo, abrange a consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos (deveres de proteção), bem como a organização de instituições, serviços, ações, procedimentos, enfim, sem os quais não seria possível o exercício desse direito fundamental (deveres de organização e procedimento). Em sentido estrito (acompanhando aqui a terminologia proposta por Robert Alexy) a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (atendimento médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, prestação de tratamentos, ou seja, toda uma gama de

prestações que tenham por objeto assegurar a saúde de alguém) (SARLET, 2008, p. 41).

O Estado tem por obrigação garantir o mínimo existencial aos indivíduos, apesar de suas limitações. Seguindo esse pressuposto, o direito à saúde, no Brasil, exige do Estado prestações favoráveis para garantir a efetividade, sob pena de ineficácia desse direito fundamental. Fica claro, portanto, o porquê do direito à saúde ser considerado um direito social fundamental: em suma, não se tem uma vida digna sem saúde.

Ainda, quando na efetividade do direito à saúde constar qualquer interpretação que pretenda diminuir ou mesmo retirar os direitos fundamentais, esta deverá ser considerada inconstitucional. Paulo Bonavides (2001, p. 233) salienta que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

### 3.4 Análise Jurisprudencial

Tendo em vista a crescente judicialização do direito à saúde, decorrente das negativas das prestações necessárias e obrigatórias por parte do Estado, como medicamentos, tratamentos, exames e internações, é cabível a citação da decisão:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. REMESSA DE OFÍCIO. CIRURGIA. QUADRIL. NECESSIDADE. COMPROVADA. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. 1. A saúde é direito fundamental previsto nos artigos 6º e 196 do texto constitucional e está intimamente relacionada ao direito à vida (artigo 5º, caput, da CF) e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF). 2. Mantém-se a sentença que julgou procedente a pretensão inicial de procedimento cirúrgico urgente (quadril) em paciente idosa. 3. Remessa necessária desprovida (TJ-DF - RMO: 20150110380007, 3ª Turma Cível, Relator: Maria De Lourdes Abreu, Data de Julgamento: 09/12/2015, Publicado no DJE: 22/01/2016).

**a) Fornecimento de meios de recuperação:** o caso em tela teve o julgamento procedente diante da real necessidade da realização de cirurgia. A justificativa se deu com base nos arts. 1º, 5º, caput, 6º e 196 da CF/88. O art. 1º retrata o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o art. 5º, caput, dispõe o direito à vida, o art. 6º classifica a saúde

como direito social, e o artigo 196 determina a saúde como direito de todos e dever do Estado. Assim, é indiscutível a obrigação da garantia do direito à saúde.

**b) Solidariedade dos Entes Federados:** é preciso salientar que a responsabilidade, no que concerne aos tratamentos médicos dos necessitados, está na relação dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos Entes Federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O artigo que dispõe sobre a competência comum para cuidar da saúde é o art. 23, inciso II, da CF/88.

**c) Fornecimento de medicamentos:** ainda é crescente a busca por eles nas vias judiciais, um exemplo claro é aludido:

MANDADO DE SEGURANÇA – NEOPLASIA MALIGNA – TRATAMENTO E MEDICAMENTO NECESSÁRIOS – FORNECIMENTO PELO ESTADO – DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – SEGURANÇA CONCEDIDA 1. O direito líquido e certo da Impetrante consiste no direito fundamental à saúde, positivado na Constituição Federal, violado por ato omissivo do Secretário de Saúde do Distrito Federal, caracterizado pelo não fornecimento de tratamento essencial contra o câncer. 2. O Poder Público deve atuar sempre com intuito de atender e concretizar o disposto na Constituição. A proteção ao direito à saúde da Impetrante depende de atuação positiva do Estado, a saber, tratamento com radioterapia e fornecimento de medicamentos. 3. Segurança concedida (TJ-DF - MSG: 20150020200236, Relator: J.J. Costa Carvalho, Data de Julgamento: 24/11/2015, Conselho Especial, Data de Publicação: Publicado no DJE: 02/12/2015).

Frente ao caso exposto, vale lembrar que a omissão do Estado, com a justificativa da insuficiência de recursos para pleitear tratamentos médicos não é aceitável. Isso porque o art. 196, da CF/88, menciona a saúde como um direito de todos e dever do Estado, assegurado por meio de políticas públicas e sociais que buscam a redução da doença, o acesso universal e igualitário, bem como ações e serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde.

**d) Fornecimento de tratamento:** no mesmo sentido, é relevante mencionar outra decisão a respeito da obrigação do Estado e dos Entes Federados em fornecer tratamento e medicamentos necessários para o paciente. Segue o entendimento:



Ementa: APELAÇÃO

CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO CONTRA O CÂNCER. LEGITIMIDADE DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA. RESERVA DO POSSÍVEL: 1. A Constituição Federal prevê a responsabilidade solidária dos entes federativos na prestação dos serviços de saúde, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para responder às demandas que visam o fornecimento gratuito de medicamento, exame ou procedimento médico. 2. A ausência de inclusão dos medicamentos em listas prévias quer referente a remédios considerados excepcionais, quer relativos à rede básica, não pode obstaculizar o seu fornecimento por qualquer dos entes federados. 3. Da mesma maneira, a forma de organização do SUS não pode obstaculizar o fornecimento de medicamentos. 4. Comprovada a essencialidade do medicamento para o câncer que acomete a parte autora e a sua carência financeira para adquiri-lo, é dever dos entes públicos encaminhá-la ao CACON/UNACON, para que receba o tratamento indicado, garantindo-lhe as condições de saúde e sobrevivência dignas, nos termos dos artigos 196 e 197 da CF. Na hipótese de não ser imediatamente realizado o tratamento no CACON/UNACON, caberá aos réus custear o tratamento da parte autora. 5. Alegação de escassez de recursos financeiros dos entes públicos não prevalece frente à ordem, constitucionalmente estatuída, de priorização da saúde. 6. Está comprovada a pobreza e total falta de recursos para custear o tratamento necessitado. Os documentos acostados aos autos não guardam margem de dúvidas acerca da hipossuficiência questionada pelo Município. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Cível Nº 70072313422, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 17/01/2017).

Diante do caso, persiste o mesmo entendimento da jurisprudência aludida acima. A responsabilização do fornecimento de medicamento e tratamento recai sobre todo o sistema político, jurídico e administrativo do país. A CF/88, ao assegurar o direito à saúde, firmou sua eficácia plena e universal, garantida mediante políticas públicas prestadas pelo Poder Público, uma vez que, diante da omissão do Estado, compete ao Poder Judiciário cumprir a ordem Constitucional prevista.

As decisões trazidas aqui demonstram que o Poder Público fraqueja diante do fornecimento dos medicamentos e tratamentos médicos. Mesmo tendo constitucionalmente garantido esse direito fundamental, os pacientes são submetidos a entrarem com uma ação pleiteando suas necessidades.

## **4 O DIREITO À SAÚDE COMO OPÇÃO DO PACIENTE**

A opção de o paciente escolher seu tratamento médico há um tempo não era tão reconhecida, pois, em tese, o médico possuía maior autoridade para decidir que tratamento era melhor para cada caso. Entendia-se, como dever do médico, salvar a vida do paciente mesmo contra sua vontade, impondo o tratamento a ser realizado. Contudo, hoje, é comum que pacientes não queiram se submeter a certos procedimentos, como quimioterapia, hemodiálise, cirurgia para amputação de membro, transfusão de sangue e outros, argumentando motivos pessoais para a recusa.

Mas quais são os direitos do paciente? Responder essa questão requer uma leitura integrada da Constituição Federal; dos Códigos Civil, Penal e de Defesa do Consumidor; dos Estatutos da Criança e do Adolescente, do Idoso, da pessoa com Deficiência; da Lei dos Planos de Saúde; normas do Ministério da Saúde e Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

O paciente pode ser considerado, nos termos do art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), como destinatário final dos serviços médicos. Considerando-se o previsto no art. 3º, do CDC, é fornecedor a pessoa física que presta serviços (médico) ou pessoa jurídica (hospital). Além disso, o parágrafo 2º, do mesmo artigo, define “serviço como a atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração”.

Logo, a responsabilidade civil, no exercício da profissão médica, é subjetiva; razão pela qual, o entendimento jurisprudencial prevê:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - NULIDADE DO JULGADO - INOCORRÊNCIA DE CULPA. 1 - rejeita-se a alegação de nulidade do julgado quando a matéria foi amplamente examinada, não estando o juiz obrigado a examinar todas as alegações das partes, desde que já tenha encontrado motivo suficiente para o deslinde da controvérsia. 2 - mostrando-se adequado o tratamento médico para a espécie, tendo o médico prestado os esclarecimentos necessários, não se vislumbra culpa capaz de autorizar condenação por danos morais e materiais. 3 - a assistência médica não é uma obrigação de resultado, mas sim de meio, responsabilizando-se o médico tão-só pelo tratamento adequado. 4 - recurso não provido. Maioria (TJ-DF - AC: 20000750026364, 5ª Turma Cível, DF, Relator: Asdrubal Nascimento Lima, Data de Julgamento: 11/03/2002, Data de Publicação: 26/06/2002).

Dada a inferioridade técnica do paciente, exige-se que o médico, no exercício da sua profissão, informe-o sobre a doença, os tratamentos possíveis e seus efeitos colaterais, de modo que o paciente tenha condições de participar das decisões referentes ao tratamento. Sugere-se a observância no disposto na Resolução nº 466 de 12 de dezembro de 2012 do Conselho Nacional de Saúde, para obter o consentimento livre e esclarecido do paciente, utilizando-se para isso o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), que esclarece sobre os tratamentos/procedimentos médicos, riscos, benefícios, consequências, o qual o esta sujeito o paciente.

O TCLE deve conter parágrafos que expressam que o paciente leu, compreendeu e não possui nenhuma dúvida, assim, consentindo com as diretivas. Na página 86 (oitenta e seis) em anexo do presente trabalho, está disposto um exemplo de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, exemplificando a temática, para maiores e capazes.

Além disso, esse dever, previsto no art. 6º, inciso III, do CDC, combinado com o art. 31, do CDC, permite ao paciente e seus familiares optarem pelo tratamento conhecendo “os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

No mesmo sentido, prevê o art. 15, do Código Civil de 2002, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. A esse respeito, destaca Gonçalves (2011, p. 260) que: “A regra obriga os médicos, nos casos mais graves, a não atuarem sem prévia autorização do paciente, que tem a prerrogativa de se recusar a se submeter a um tratamento perigoso”.

Ainda, o art. 17, do Estatuto do Idoso, assegura que:

Art. 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 259) apregoam que:

No caso de pacientes maiores e capazes no momento da concessão do consentimento, entendemos que, ausente o perigo de perda de vida, mas só e somente só, a recomendação do tratamento, o médico não deve ministrá-lo, sob pena de estar constringendo ilegalmente o paciente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 259).

O CDC segue a orientação da Resolução n. 1.246/88, do Conselho Federal de Medicina, o qual determina, no capítulo que trata da Relação do Profissional com Pacientes e Familiares, que é vedado ao médico:

Art. 59. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

Conforme Diniz (2002, p. 257):

[...] se o paciente vier a falecer sem que tenha havido negligência, imprudência ou imperícia na atividade do profissional da saúde, não haverá inadimplemento contratual, pois o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo adequadamente. É preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico; ele (CDC, art. 6º, VIII) é que deverá provar que não houve inexecução culposa da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imperícia, negligência (AA SP, 2.093:180 e 1º TAC SP, Ap. 684.076-6, julgado 9 mar. 1998) ou imprudência sua (RT, 407:174, 357,196; JS TJ, 8:294). Tal prova poderá ser feita por testemunhas, se não houver questão técnica a ser esclarecida, sendo necessário que haja liame de causalidade entre o dano e a falta do médico de que resulta a responsabilidade civil (DINIZ, 2002, p. 257).

Ressalta-se, porém, a dificuldade da produção dessa prova, haja vista a hipossuficiência técnica das vítimas. Por esse motivo, a doutrina prevê a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, utilizando-se do disposto no art. 6º, inciso VIII, do CDC:

ERRO MÉDICO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Saneador que afasta preliminar de ilegitimidade passiva e que, ao inverter os ônus da prova em ação de ressarcimento de danos por erro médico, não só valoriza a função do judiciário no quesito 'perseguição da verdade real', como faz absoluto o princípio da igualdade substancial das partes, suprimindo a inferioridade da parte hipossuficiente (artigos 125, I, do Código de Processo Civil e 5º, LV, da Constituição Federal, e 6º VIII da Lei nº 8.078/90) (TJSP - 3ª Câm. de Direito Privado; Ag. de Instr. nº

099.305-4/6-São Paulo-SP; Rel. Juiz Ênio Santarelli Zuliani; j. 02.mar.1999).

A Resolução n. 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, refere-se aos pacientes que optam por não realizar o tratamento médico, mesmo sabendo que a morte é a consequência dessa opção. A Resolução menciona, ainda, que não é justificável prolongar sofrimento desnecessário em detrimento da qualidade de vida.

É importante salientar, conforme a Resolução acima referida, para que se faça valer a escolha do paciente em razão dos tratamentos que deseja ou não receber, é necessário que este seja capaz, tenha discernimento mental e declare sua vontade expressamente. Na falta desses requisitos, a família ou responsável legal é que decidirá sobre a permissão do tratamento. Vale ressaltar que o familiar ou responsável que consente o tratamento precisa ser dotado de capacidade legal.

No caso de inconsciência do paciente, ou impossibilidade legal, como a menoridade, estas pessoas deverão ser protegidas, de modo que os responsáveis legais, devidamente informados, terão a premissa de consentir ou não com a realização de tratamento que o médico considerar cabível. Como o paciente criança/adolescente é considerado hipossuficiente, deve-se, juntamente com a CF/88, observar a Lei n. 8.069/90, em seus artigos 1º, 3º, 4º e 6º, para protegê-lo, sendo dever, conforme art. 227, da CF, “da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e o adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde [...]”.

Teoricamente, não aceitar a opção do paciente em relação ao seu tratamento de saúde fere o princípio da dignidade humana. Alexandre Moraes (2004, p. 52) aduz em relação ao princípio:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente

excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2004, p. 52).

Diante da explanação de Moraes (2004), o paciente tem o direito à vida assegurado, o que dá a ele o direito de gozá-la com autonomia e liberdade, princípios que estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, segundo artigo 1º, inciso III, da CF/88.

É relevante mencionar, novamente, o entendimento da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que garantiu a um idoso o direito de não ser submetido à amputação do pé esquerdo necrosado, procedimento que salvaria sua vida. O colegiado também entendeu que o Estado não pode intervir na vontade do paciente, ainda que com intenção de salvar a vida. Conforme o relator Irineu Mariani:

O MINISTÉRIO PÚBLICO ingressa com pedido de alvará judicial para suprimimento da vontade do idoso JOÃO CARLOS FERREIRA, 'usuário-morador do Hospital Colônia Itapuã e ex-hanseniano' (fl. 2). Sustenta que o idoso está em processo de necrose do pé esquerdo, resultante de uma lesão, desde novembro de 2011, que vem se agravando, inclusive com emagrecimento progressivo e anemia acentuada resultante do direcionamento da corrente sanguínea para a lesão tumoral, motivo pelo qual necessita amputar o membro inferior, sob pena de morte por infecção generalizada. Ressalta que o 'paciente está em estado depressivo, conforme laudo da psicóloga Heláde Schroeder, que ainda atesta que o paciente está desistindo da própria vida vendo a morte como alívio do sofrimento'. (fl. 2). Ressalva que, conforme laudos médicos, o idoso não apresenta sinais de demência. Assim, pugna pelo deferimento do pedido para 'suprir a vontade do idoso JOÃO CARLOS FERREIRA, expedindo-se alvará ao Hospital Colônia Itapuã autorizando ampute o pé esquerdo do paciente'. (fl. 3). O juízo singular indefere o pedido, argumentando que 'não se trata de doença recente e o paciente é pessoa capaz, tendo livre escolha para agir e, provavelmente, consciência das eventuais consequências, não cabendo ao Estado tal interferência, ainda que porventura possa vir a ocorrer o resultado morte'. (fl. 16). O Ministério Público apresenta apelação (fls. 17-9), enfatizando que o idoso corre risco de morrer em virtude de infecção generalizada caso não realize a amputação. Advoga que ele não tem condições psíquicas de recusar validamente o procedimento cirúrgico, porquanto apresenta um quadro depressivo, conforme os laudos médicos juntados aos autos. Reforça a ideia de que 'deve-se reconhecer a prevalência do direito à vida, indisponível e inviolável em face da Constituição Federal, a justificar a realização do procedimento cirúrgico, mesmo que se contraponha ao desejo do paciente, uma vez que reflete o próprio direito à sua sobrevivência frente à doença grave que enfrenta, bem porque não possui ele condições psicológicas de decidir, validamente, não realizar a cirurgia, ante o quadro depressivo que o acomete'. (fl. 18v.). Assim, pede o provimento (fls. 17-9) (Apelação Cível Nº 70054988266, 1ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Irineu Mariani. Julgado em 20/11/2013).

Conforme o caso em tela é relevante mencionar o art. 5º, inciso II, da CF/88, em que afirmasse: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Com relação aos votos, o relator Des. Irineu Mariani acrescenta:

Eminentes colegas, temos um caso bastante singular. O Sr. João Carlos Ferreira, nascido em 4-5-1934, portanto, com 79 anos, usuário morador do Hospital Colônia Itapuã e ex-hanseniano, está com um processo de necrose no pé esquerdo e, segundo o médico, a solução é amputá-lo, sob pena de o processo infeccioso avançar e provocar a morte. Considerando que, conforme laudo psicológico, o paciente se opõe à amputação e ‘está desistindo da própria vida, vendo a morte como alívio do sofrimento’; considerando que, conforme laudo psiquiátrico, “continua lúcido, sem sinais de demência”, o médico buscou auxílio do Ministério Público, no sentido de fazer a cirurgia mutilatória mediante autorização judicial, a fim de salvar a vida do paciente; e considerando que o pedido do Ministério Público foi indeferido de plano, vem à apelação.

Com efeito, dentro do que se está a designar de Biodireito, temos:

[...]

(b) a ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar o sofrimento, morte sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural, o que vem sendo entendido como possível pela legislação brasileira, quer dizer, o médico não é obrigado a submeter o paciente à distanásia para tentar salvar a vida;

[...]

Pois bem. O caso sub judice se insere na dimensão da ortotanásia. Em suma, se o paciente se recusa ao ato cirúrgico mutilatório, o Estado não pode invadir essa esfera e procedê-lo contra a sua vontade, mesmo que o seja com o objetivo nobre de salvar sua vida. Com efeito, o Papa João Paulo II, ao promulgar, em 1995, a Encíclica *Evangelium Vitae*, condenou apenas a eutanásia e a distanásia, silenciando quanto à ortotanásia. Isso é interpretado como implícita a sua admissão pela Igreja Católica, que é como sabemos, bastante ortodoxa nos temas relativos à defesa da vida. Sem adentrar na disciplina dada a esses temas pela Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, e ficando no âmbito constitucional e infraconstitucional, pode-se dizer que existe razoável doutrina especializada no sentido da previsão da ortotanásia, por exemplo, o Artigo ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA ORTOTANÁSIA: O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE, de autoria do Dr. Thiago Vieira Bomtempo, disponível no seu portal jurídico na Internet. Resumindo, o direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. Em relação ao seu titular, o direito à vida não é absoluto. Noutras palavras, não existe a obrigação constitucional de viver, haja vista que, por exemplo, o Código Penal não criminaliza a tentativa de suicídio. Ninguém pode ser processado criminalmente por tentar suicídio. Nessa ordem de ideias, a Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a cirurgia ou tratamento.

Conforme o Artigo acima citado, o entendimento de que “não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento, embora haja o dever estatal de que os melhores tratamentos médicos estejam à sua disposição”, é também defendido por Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Acrescenta que o desrespeito pelo médico à liberdade do paciente, devidamente esclarecido, em relação à recusa do tratamento, ‘pode

caracterizar cárcere privado, constrangimento ilegal e até lesões corporais, conforme o caso. O paciente tem o direito de, após ter recebido a informação do médico e ter esclarecidas as perspectivas da terapia, decidir se vai se submeter ao tratamento ou, tendo esse já iniciado, se vai continuar com ele'. No final do Artigo, Nota nº 8, o Dr. Thiago Vieira Bomtempo, reproduz mais uma passagem do entendimento da Dr<sup>a</sup> Roxana Borges, a qual reproduzo: 'O consentimento esclarecido é um direito do paciente, direito à informação, garantia constitucional, prevista no art. 5º, XIV, da Constituição, e no Cap. IV, art. 22, do Código de Ética Médica. Segundo Roxana Borges, o paciente tem o direito de, após ter recebido a informação do médico e ter esclarecidas as perspectivas da terapia, decidir se vai se submeter ao tratamento ou, já o tendo iniciado, se vai continuar com ele. Estas informações devem ser prévias, completas e em linguagem acessível, ou seja, em termos que sejam compreensíveis para o paciente, sobre o tratamento, a terapia empregada, os resultados esperados, o risco e o sofrimento a que se pode submeter o paciente. Esclarece a autora, ainda, que para a segurança do médico, o consentimento deve ser escrito' [...] (Apelação Cível Nº 70054988266, 1ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Irineu Mariani. Julgado em 20/11/2013).

Diante da explanação, a decisão do caso se deu da seguinte forma:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para 'aliviar o sofrimento'; e, conforme laudo psiquiátrico se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013).

Compreende-se, diante do exposto, que o ser humano tem o direito à vida e não o dever à vida, razão pela qual não se justifica sujeitar o paciente a um tratamento médico ou mesmo a intervenção cirúrgica meramente protelatória. O fato do art. 15, do Código Civil de 2002, dispor que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a



intervenção cirúrgica” não justifica que, não havendo esse risco, o paciente possa ser constrangido a tratar-se contra vontade.

#### **4.1 Aspectos religiosos e tratamentos médico**

A religião está presente na vida desde o início dos tempos. Ao que se refere às questões religiosas, a CF/88, em seu artigo 5º, caput, inciso VI e VIII dispõe:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Como pode-se perceber, o artigo 5º, da CF/88, e seus respectivos incisos VI e VIII, assegura a igualdade de todos diante a lei, bem como a liberdade de crença religiosa, salvo quando esta é utilizada com intuito de se isentar das obrigações legais previstas em lei.

A religião está ligada a um dos mais fortes componentes das diferentes civilizações. Por esse motivo, é discutível a questão da recusa de transfusão de sangue pelos adeptos à religião Testemunhas de Jeová. A caracterização das Testemunhas de Jeová segundo a Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados (1992, p. 12) é “alguém que reitera enfaticamente seu testemunho, seja relatando fatos com conhecimento pessoal direto ou proclamando conceitos ou verdades das quais estão convictas”, daí o nome “Testemunha”. Já “Jeová” condiz ao nome de “Deus”, segundo a Bíblia, Salmos 83:18: “para que as pessoas saibam que tu, cujo nome é Jeová,/ Somente tu és o Altíssimo sobre toda a terra”.

O fato de as Testemunhas de Jeová recusarem a transfusão de sangue e terapias por motivos de convicção religiosa, alegando que a abstenção ao sangue

envolve não apenas os fins terapêuticos, mas também a alimentação, causa polêmica não somente no jurídico, mas também com os médicos. Para os adeptos da religião, existem alternativas médicas às transfusões, como por exemplo: eletrocautério, cirurgias a laser, coaguladores, agentes hemostáticos, hemodiluição, oxímetros, trascutâneos, etc.

O ministro do STF, Luis Roberto Barroso (2010, texto digital), se manifestou em relação à recusa:

É legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade. Tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente o risco de morte, a aferição da vontade real do paciente deve estar cercada de cautelas. Para que o consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada (BARROSO, 2010, texto digital).

A Jurisprudência tem entendido a possibilidade de recusa dos tratamentos médicos que envolvam transfusão de sangue das Testemunhas de Jeová da seguinte forma:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservá-la a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de 'salvar a pessoa dela própria', quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO (Agravado de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010).

No caso em tela, a decisão anterior ao agravo deferiu a realização de transfusão de sangue contra vontade da paciente, com intuito de preservar-lhe a vida. A paciente entrou com Agravo de Instrumento, alegando, em suas razões recursais, ser pessoa capaz, lúcida, além de não ter pretensão de morrer; contudo, não se submete a tratamentos que violem suas crenças religiosas, aceitando correr risco de morte ou mesmo ter sua possível melhora postergada. O recurso, por fim, teve o agravo provido.

Fica notório que os adeptos à religião Testemunhas de Jeová, mesmo em eminente risco de vida, são proibidos de submeterem-se a qualquer tratamento que envolva sangue. Álvaro Villaça de Azevedo (2010, p. 4) descreve:

As Testemunhas de Jeová recusam resolutamente as transfusões de sangue total e de seus quatro componentes primários, ou seja, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma. Ao agirem dessa forma, obedecem à diretriz bíblica encontrada no livro de Atos dos Apóstolos, capítulo 15, versículo 28 e 29. Esse decreto apostólico, feito primeiro século da era cristã, reiterou o mandamento divino que havia sido dado a Noé, antepassado da humanidade de acordo com o registro bíblico, e reafirmado a Moisés por ocasião da Lei Mosaica. – Gênesis 9:3,4; Levítico 7:26,27; 17: 1,2; 10-14; Deuteronômio 12:23, 24 (AZEVEDO, 2010, p. 4).

Importante salientar que, quando a transfusão de sangue é realizada contra vontade do paciente Testemunha de Jeová, as consequências são graves, inclusive o abandono e o afastamento por parte das demais Testemunhas. Gabriela Lopez de Almeida (2009, p. 155) enfatiza:

Ora, acontecendo a transfusão de sangue em um dos seguidores da religião, os demais membros devem cortar relações pessoais com o dissidente, desaconselhando-se, o simples gesto de cumprimento. Ainda que se trate de parente próximo, recomenda-se reduzir o contato ao mínimo possível. Caso descumpra, este membro poderá também ser desassociado (ALMEIDA, 2009, p. 155).

Ressalta-se que, nos casos de crianças e adolescentes que adotem essa religião, é lícita a intervenção dos órgãos de proteção, como o Ministério Público para garantir o direito à vida, pois, o direito a vida do menor é indelegável.

Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho apregoam:

Temos plena convicção de que, no caso da realização de transfusão de sangue em pacientes que não aceitam esse tratamento, o direito à vida se sobrepõe ao direito à liberdade religiosa, uma vez que a vida é o pressuposto da aquisição de todos os outros direitos. Além disso, como já colocado, a manutenção da vida é interesse da sociedade e não só do

indivíduo, ou seja, mesmo que, intimamente, por força de seu fervor, ele se sinta violado pela transfusão feita, o interesse social na manutenção de sua vida justificaria a conduta cerceadora de sua opção religiosa.

Acreditamos, realmente, que o parâmetro a ser tomado é sempre a existência ou não de iminente perigo de vida.

[...]

No caso de pacientes que estejam, temporária ou permanentemente, impossibilitados de manifestar sua vontade, no que se incluem os pacientes menores, por isso incapazes, o médico também tem a obrigação de ministrar o tratamento, até mesmo porque nem sempre é possível obter a anuência do responsável legal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 214-217).

A jurisprudência tem tratado a temática da seguinte forma:

DIREITO À VIDA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENUNCIAÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E DIREITO À VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. O recurso de agravo deve ser improvido porquanto à denúncia da lide se presta para a possibilidade de ação regressiva e, no caso, o que se verifica é a responsabilidade solidária dos entes federais, em face da competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição federal, nas ações de saúde. A legitimidade passiva da União é indiscutível diante do art. 196 da Carta Constitucional. O fato de a autora ter omitido que a necessidade da medicação se deu em face da recusa à transfusão de sangue, não afasta que esta seja a causa de pedir, principalmente se foi também o fundamento da defesa das partes requeridas. A prova produzida demonstrou que a medicação cujo fornecimento foi requerido não constitui o meio mais eficaz da proteção do direito à vida da requerida, menor hoje constando com dez anos de idade. Conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, mas também a possibilidade de o indivíduo orientar-se segundo posições religiosas estabelecidas. No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar a saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor. (TRF-4 - AC: 155 RS 2003.71.02.000155-6, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 24/10/2006, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/11/2006 PÁGINA: 686).

Portanto, nos casos de recusa por parte dos pais ou responsáveis (adeptos da religião Testemunha de Jeová), em se tratando de transfusão de sangue em paciente menor de idade, é permitido à interferência como do Ministério Público, para proteger a vida e a integridade do menor.

É legítima a liberdade religiosa de cada ser humano, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que não é permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. O Poder Público não pode destituir o paciente de sua crença religiosa.

Dito isso, é imprescindível que as escolhas dos pacientes se estendam aos seus valores religiosos. Para tanto, são necessários o respeito e a liberdade a fim de que todos possam viver em conformidade com seus específicos valores religiosos. O direito à vida deve ser analisado de forma ampla em cada religião, levando em consideração suas crenças, para que se possa ter uma existência digna.

#### **4.2 Direito à vida com autonomia, liberdade e dignidade – caso José Humberto Pires de Campos Filho**

O direito à vida é garantido no art. 5º, da CF/88, assim como a liberdade: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Alexandre de Moraes (2004, p. 65) esclarece que “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.

A dignidade da pessoa humana, como já mencionado anteriormente, está garantida no art. 1º, inciso III, da CF/88, em que está prevista a seguinte redação: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”. O princípio

preza, nesse sentido, que todo ser humano exista de forma digna, proibindo qualquer forma de viver que diminua o ser humano.

A autonomia da vontade está atrelada ao direito à liberdade, previsto no art. 5º, da CF/88 já citado, ou seja, o ser humano tem o direito de se autodeterminar em relação às suas escolhas ligadas à vida, sem que viole o prescrito na lei. Nesse seguimento, Maria Fátima de Freire Sá (2012, p. 63) expõe:

A vida nos remete à autonomia. Aos melhores interesses das pessoas. A aptidão para a manifestação da vontade. A construção não mais puramente biológica, mas também biográfica de cada um. A dignidade da pessoa humana que pode ser traduzida pela garantia de que todos se reconheçam livres e iguais em direitos. E para a efetivação desta dignidade, é necessário que os outros se conscientizem de que cada um tem seus próprios interesses críticos, cada pessoa é dotada de um padrão moral que lhe é próprio (SÁ, 2012, p. 63).

Em tese, o princípio da autonomia refere-se à capacidade que o paciente tem de governar a si próprio. Utilizando as palavras de Maria Helena Diniz (2004, p. 14) “este princípio requer que o profissional de saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas”. Desse modo, assim como o Estado, o médico não pode interferir e decidir sobre as escolhas dos pacientes.

Cabe descrever, conforme a revista Istoé (FILHO..., 2017), o drama vivido por uma mãe de uma pequena cidade goiana de Trindade. A professora Edina Maria Alves Borges é mãe de José Humberto Pires de Campos Filho, um jovem de 22 anos que morou com o pai nos EUA, praticava esportes e tinha uma vida saudável. Em uma sexta-feira, em 2015, José Humberto sentiu seus pés inchados e foi diagnosticado, em uma consulta médica, com falência renal. Embora se tratasse de um tratamento desconfortável e debilitante, ele teria a opção de fazer hemodiálise até que fosse possível realizar um transplante de órgão. Porém, José Humberto recusou o tratamento e alegou que preferia morrer.

Então, em maio de 2016, voltou para Trindade para morar com a mãe. Ela, ao encontrar o filho debilitado, levou-o ao hospital na tentativa de um tratamento. No local, foram realizadas sessenta sessões de hemodiálise, mas não houve aceitação com relação ao órgão doado.

A mãe recorreu à justiça para conseguir uma decisão liminar, obrigando o filho a fazer o tratamento, isto é, a hemodiálise. Todavia, no dia 16 de fevereiro de 2017, o filho prometeu procurar a justiça para receber o “direito de morrer”. Abaixo, segue trecho dos depoimentos:

A fala da mãe arranca lágrima até de infanticida, tamanha é a dor: ‘é egoísmo uma mãe querer que o filho não desista de viver? Acho que não’. A fala do filho arranca lágrima até de matricida, tamanha é a dor: ‘é melhor que seja do meu jeito, vou brigar para morrer. Minha mãe me ofereceu um de seus rins, mas não quero transferir-lhe o que estou passando’. Dor de ambos os lados [...] (FILHO..., 2017, p. 64).

O caso que comoveu os brasileiros suscita a questão: José Humberto tem o direito de querer morrer? Segundo a revista Istoé (FILHO..., 2017), deve-se seguir a lei e os preceitos da ética: “É, digamos que a discussão nas quais togas pretas e jalecos brancos não podem, pelo menos publicamente, se emocionar” (FILHO..., 2017, p. 64).

Segundo a revista Istoé (FILHO..., 2017), não se trata de eutanásia nem mesmo da ortotanásia, pelo fato de que a eutanásia é proibida no Brasil, e a ortotanásia, mesmo aceita no país, não se enquadra no caso de José Humberto, pois se refere a pacientes terminais com enfermidades irreversíveis, para os quais o tratamento é inútil. Ainda, conforme a Istoé (FILHO..., 2017, p. 65), o Conselho Estadual de Medicina de São Paulo determinou que “todo paciente adulto, com capacidade preservada de deliberar sobre riscos, tem direito de abster-se de propostas terapêuticas que lhe são oferecidas”. Já o Código de Ética Médica alega que o profissional de saúde tem que obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal sobre o tratamento que será seguido.

Olhe-se agora a outra abordagem, mais humana e quente, dessa luta de mãe contra filho, para que ela o veja em um quarto de hospital ou no quarto da casa, e não no cemitério: crianças, adolescentes, jovens, adultos, idosos se submetem, claro que não cantarolando, mas sim xingando o mundo e erguendo a mão contra Deus, à terapia de hemodiálise e transplante de rim. Há quem nem melhore nem piore, a que viva muito bem, há quem morra. Mas a regra da doença, paradoxalmente, é a pulsão pela vida. Por que então um jovem de 22 anos quer entregar os pontos e morrer? A conversa abstrata, geralmente de mesa de bar e que acaba em glicose na veia, sobre a liberdade do ser humano de tirar a própria vida, é coisa de quem quer acender vela para o outro, mas sente calafrios somente de pensar em seu próprio velório. Alimentou teorias filosóficas ralas, filmes tolos e livros que hoje são compráveis por um real e noventa e nove centavos. Ninguém que não esteja deprimido busca tão facilmente a morte como o jovem José Humberto está procurando. Vale a pergunta: mas alguém em pleno gozo

das faculdades mentais não pode querer escolher morrer? A questão não é se pode ou não pode, a questão é que psiquiatricamente a opção pela morte (excluindo os casos de enfermidade grave, progressiva, dolorosa e irreversível) embute sempre um estado depressivo. E, nesse ponto, podemos afirmar que o gatilho genético depressivo de José Humberto sempre esteve lá, pendulando em sua alma, e a doença que agora se manifesta é somente o dedo que aperta tal gatilho (FILHO..., 2017, p. 65).

De acordo com a Istoé (FILHO..., 2017), a perícia médica do Tribunal de Justiça de Goiás atestou que José Humberto “tem imaturidade afetiva e emocional”, o que prejudica a sua capacidade de tomar decisões. Diante disso, o juiz deu ordem para que ele faça as sessões necessárias de hemodiálise. No dia 17 de fevereiro de 2017, a mãe de José Humberto, em conversa com a Istoé (FILHO..., 2017, p. 65), declarou: “não se trata de disputa judicial, o que eu quero mesmo é que ele não morra aqui na minha casa”.

Diante do caso, cabe ressaltar que a decisão do juiz se deu em face da falta de capacidade de tomar decisões por parte de José Humberto, dado que o jovem estava acometido de pensamentos mórbidos e fúnebres, caracterizando uma depressão. Dessa feita, a ordem se deu para que ele realize o tratamento.

Com relação ao princípio da dignidade e o consentimento informado, a legislação atenta para o art. 15, do Código Civil, que expressa “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. Tal artigo expressa que o médico não deve proceder quaisquer procedimentos sem o consentimento do paciente.

Ainda, é importante evidenciar que, nos casos em que o paciente tem condições e capacidade mental para expressar sua vontade com relação a aceitar ou não o tratamento médico designado, prevalece a dignidade da pessoa humana, assim como a liberdade e autonomia de escolha. Além disso, o paciente tem pleno direito de recusar um determinado tratamento médico, com fundamento expresso no art. 5º, inciso II, da CF/88, que dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.



### 4.3 Direito à informação médica e ao consentimento esclarecido

O dever de informação ocupa um papel indispensável na vida do paciente, dado que tem a finalidade de permitir que o paciente compreenda o tratamento de que necessita, assim como as suas consequências, riscos e custos, para que, então, conscientemente, faça sua escolha pertinente ao tratamento. Nesse caso, o médico tem a responsabilidade de esclarecer ao paciente sobre seu estado de saúde, de modo que é impedido de fazer quaisquer intervenções sem o consentimento do paciente.

Segundo Carvalho Fortes (1998, p. 51), o consentimento deve ser:

[...] livre, esclarecido, renovável e revogável. Deve ser dado livremente, conscientemente. Não pode ser obtido mediante práticas de coação física, psíquica ou moral ou por meio de simulação ou práticas enganosas, ou quaisquer outras formas de manipulação impeditivas da livre manifestação da vontade pessoal. Livre de restrições internas, causadas por distúrbios psicológicos, e externas, por pressão de familiares, amigos e principalmente dos profissionais de saúde. [...] O consentimento deve ser esclarecido, por isso requer adequadas informações, que sejam compreendidas pelos pacientes (FORTES, 1998, p. 51).

O termo do Consentimento Livre e Esclarecido provém do princípio da autonomia, que garante ao paciente o direito de escolha de acordo com seus valores, crenças e convicções. Assim, em respeito à dignidade humana, o consentimento informado tem proteção pelo Direito e pela Ética. Nesse sentido, os arts. 22 e 101, do Código de Ética Médica, Resolução n. 1931/2009, dispõem que:

É vedado ao médico:

[...]

Art.22 Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

[...]

Art. 101 Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

O médico tem responsabilidade civil perante um ato ilícito praticado no exercício das atividades profissionais, como, por exemplo, quando executar um

procedimento sem o consentimento do paciente. Ocorrendo isso, o médico se torna responsável por reparar o que causou.

A jurisprudência tem se manifestado da seguinte forma em relação à responsabilidade civil do médico por falta de esclarecimentos para com o paciente:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA CITRA PETITA. VÍCIO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO. CAUSA MADURA. Constatada a omissão do Juízo de 1º Grau no exame de pedidos iniciais: responsabilização dos réus a partir da violação do dever de informação pelo médico. Cabimento de o Tribunal julgá-los. Causa madura. Inteligência do art. 1.013, § 3º inc. III do CPC/2015. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PARA RETIRADA DE CISTO NO OVÁRIO. VIDEOLAPAROSCOPIA. NEGLIGÊNCIA NO PÓS-OPERATÓRIO NÃO EVIDENCIADA. DEVER DE INDENIZAR INOCORRENTE. - A responsabilização do profissional liberal por defeito na prestação do serviço implica comprovação de culpa. Art. 14, § 4º, do CDC. São pressupostos da responsabilidade subjetiva a comprovação da ocorrência do dano, a culpa ou dolo do agente e o nexo de causalidade entre o agir do réu e o prejuízo da parte autora. - A responsabilidade civil de hospitais e clínicas quanto aos atos dos profissionais da saúde a eles vinculados possui, igualmente, natureza subjetiva. Precedentes do STJ. - Impossibilidade de o nosocômio responder, na espécie, por atos praticados por médico que não pertence ao seu quadro de empregados. Situação em que o clínico foi escolhido dentre os vinculados ao plano de saúde da paciente. - Caso em que familiar dos autores se submeteu a cirurgia para retirada de cisto de ovário. Procedimento realizado através de videolaparoscopia. Perfuração de órgão. Situação que desencadeou morte por infecção. Probabilidade de ocorrência do evento. Tratamento no pós-operatório que se deu de maneira adequada. Ausência de descuido do corpo clínico em relação aos procedimentos posteriores à intervenção cirúrgica. Negligência ou imperícia não verificada. Dever de indenizar não configurado. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO. DEVER ANEXO À RELAÇÃO. - Falta de prova de o doutor haver informado à paciente os riscos da operação. **Inexistência de consentimento informado**, impossibilitando à enferma, ciente dos riscos e através da autonomia da vontade, optar por realizar ou não a intervenção cirúrgica. Ausente alerta quanto à possibilidade de perfuração de órgão através do procedimento aplicado - videolaparoscopia. Responsabilidade civil do médico reconhecida. - 'É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso de o tratamento vir a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica' - lição doutrinária. - Dano moral ocorrente por presunção, in re ipsa. Morte de familiar dos autores por infecção decorrente de rompimento de órgão. Violação ao dever de consentimento informado. Precedentes desta Corte. - Valor da indenização que deve considerar que o erro não ocorreu na intervenção cirúrgica ou nos atos pós-operatórios, mas decorre da ausência do consenti procedimento. Jurisprudência deste Tribunal quanto ao tópico. - Ausente sistema tarifado, a fixação do quantum indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Valor fixado em R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais) para cada autor a ser arcado exclusivamente pelo médico réu. DERAM

PROVIMENTO EM PARTE À APELAÇÃO. UNÂNIME (Apelação Cível Nº 70067906073, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 02/06/2016) (grifo da autora).

No caso em tela, a paciente realizou uma cirurgia para retirada de cisto no ovário esquerdo; porém, a operação foi mais abrangente, o que resultou na retirada dos dois ovários sem o consentimento da paciente. Mesmo após queixa de dores abdominais, a paciente teve alta hospitalar. Contudo, no dia seguinte à alta, a paciente precisou de atendimento de urgência, permanecendo internada até a data do óbito, em 24/11/2008. Houve perfuração de órgão (víscera) sem a percepção do médico, vindo a paciente a falecer por infecção generalizada.

A decisão em face da apelação gerou provimento em parte, condenando o médico a pagar indenizações por danos morais aos autores da ação. Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira (2011, p. 15) entende que, além de um contrato patrimonial entre médico e paciente, existem também algumas peculiaridades, como explica:

A relação médico paciente apresenta algumas peculiaridades, pois, apesar do aspecto patrimonial que consiste no pagamento pela prestação de um serviço profissional especializado, dela emanam diversos direitos e deveres jurídicos atinentes a valores existenciais, tais como: direitos e deveres do paciente (direito de recusa ao tratamento e intervenção médica; direito de ser e não ser informado; direito de sigilo; dever de informar o médico acerca de seu histórico médico; dever de observar as prescrições médicas); deveres e direitos do médico (dever de cuidado; dever de sigilo e abstenção; dever de informar; direito de exercer com autonomia e liberdade sua profissão). Embora sem expressão econômica direta, tais direitos são merecedores privilegiados de tutela, já que são vinculados à dignidade da pessoa humana e à personalidade humana (PEREIRA, 2011, p. 15).

Há uma conexão entre o dever de informação por parte do médico e o direito de escolha do paciente, visto que este pode optar em se submeter ou não a certo procedimento e intervenção. Fortes (1998, p. 59-60) esclarece:

O paciente tem direito moral a ser esclarecido sobre os objetivos dos procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos; ser informado da natureza dos procedimentos, de sua invasibilidade, da duração dos tratamentos, dos benefícios, prováveis desconfortos, inconvenientes e possíveis riscos físicos, psíquicos, econômicos e sociais que possa ter. Deve ter condições de entender a eficácia presumida das medidas propostas, sobre as probabilidades de alteração das condições de dor, sofrimento e de suas condições patológicas, ou seja, deve ser esclarecido de tudo aquilo que vá fundamentar suas decisões (FORTES, 1998, p. 59-60).

É necessário que o médico observe e faça uma relação com a personalidade do paciente, sua capacidade de compreensão, bem como suas convicções, sejam elas religiosas, morais, éticas ou culturais. Muitas vezes, o que é menosprezável para um paciente, para outro pode ser essencial.

O direito à informação médica e ao consentimento esclarecido encontra amparo nos direitos fundamentais, por meio da autonomia da vontade, da preservação da dignidade da pessoa humana e da capacidade do paciente em compreender as informações médicas. Cabe evidenciar que o médico tem o dever de fornecer informações claras e reais com relação ao estado clínico e tratamentos mais adequados ao paciente. Este, por sua vez, tem o direito de decidir, que consiste na capacidade e na autonomia para decidir o tratamento que deseja seguir a partir das informações prestadas pelo médico.

#### **4.4 Decisões substitutas: julgamento substituto, pura autonomia, melhores interesses**

As decisões substitutas dizem respeito aos pacientes cuja autonomia é incerta ou já foi determinada, principalmente quando a manifestação antecipada de vontade tiver como consequência a recusa a tratamento médico necessário à manutenção da vida do paciente. Na década de 1970, os bioeticistas Tom L. Beauchamp e James F. Childress construíram modelos que serviriam como decisões substitutas, para serem usadas quando os pacientes não mais conseguissem manifestar suas vontades através do julgamento substituto, da pura autonomia e dos melhores interesses.

Beauchamp (2002, p. 196) caracteriza o julgamento substituto (mandato duradouro) como “parte da premissa de que as decisões sobre tratamentos pertencem propriamente ao paciente incapaz ou não autônomo, em virtude dos direitos à autonomia e a privacidade”. Nesse caso, o paciente nomeia uma pessoa substituta, por meio de documento, para decidir e tomar as decisões em seu lugar.

A pura autonomia, segundo Beauchamp (2002, p. 199), “se aplica

exclusivamente a pacientes que já foram autônomos e expressaram uma decisão autônoma ou preferência relevante”. Nessa hipótese, é caracterizado o testamento vital, que se trata de documento feito por uma pessoa capaz, em pleno gozo de suas faculdades mentais, que expressa os cuidados, procedimentos e tratamentos que deseja receber ou não, em casos de doença grave que acometa sua capacidade de manifestar a vontade.

Conforme a advogada e especialista em Direito Médico, Luciana Dadalto:

[...] o testamento vital é uma forma de assegurar os direitos das pessoas, mesmo quando elas não têm condição de manifestá-los. [...] o avanço das tecnologias disponíveis na medicina tem possibilitado, cada vez mais, prolongar a sobrevivência das pessoas, mesmo daquelas em processos irreversíveis. O problema é que, em alguns casos, a extensão da vida traz não só sofrimentos desnecessários, como atenta contra a dignidade dos pacientes. ‘Alguns procedimentos são extremamente invasivos e, no fim, não trazem benefícios significativos. Mesmo assim, a atual prática médica tende a recorrer todos os recursos disponíveis, independentemente dos efeitos colaterais e dos valores em que o paciente acredita’ (DADALTO apud PACIENTES..., 2014, texto virtual).

No caso dos melhores interesses, Beauchamp (2002, p. 205) salienta que “[...] o decisor substituto deve determinar o maior benefício entre as opções possíveis, atribuindo diferentes pesos aos interesses que o paciente tem em cada opção e subtraindo os riscos e os custos inerentes a cada uma”. Esse modelo é adotado pelos médicos e, frequentemente, no Brasil, pelos pacientes quando não existe manifestação de vontade prévia do paciente.

É perceptível que cada modelo acima descrito é aplicado em situações específicas; no entanto, os três seguem do mesmo fato: a existência ou não de vontade prévia manifestada por parte do paciente.

A doutrinadora Maria Berenice Dias considera o princípio da autonomia da seguinte forma:

A autonomia compreende-se como o direito do paciente no uso pleno de sua razão - ou de seus responsáveis, quando faltar consciência - de estabelecer os limites em que gostaria de ver respeitada sua vontade em situações fronteiriças. Por exemplo: em um paciente terminal de câncer, são válidas as tentativas de uso de quimioterapia potentes na esperança de prolongar a vida? Ou simplesmente deve se tratar a dor, embora sabendo-se que com essas medidas pode estar sendo apressado seu fim? [...] (DIAS, 2010, p. 3).

Analizando o princípio da autonomia em relação ao princípio da dignidade humana, percebe-se que o paciente tem o direito de uma vida digna e também de não aceitar prolongar seu sofrimento a partir do momento que não existe tratamentos e procedimentos que possam curá-lo.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2001, p. 34) se posiciona da seguinte forma:

[...] é assegurado o direito à vida (não o dever), mas não se admite que o paciente seja obrigado a ser submetido a tratamento. O paciente tem o direito de interromper o tratamento com base do direito constitucional de liberdade (inclusive liberdade de consciência), de inviolabilidade de sua intimidade e honra, e, além disso, de respeito à sua dignidade humana. [...] A Constituição não prevê o direito à morte, pelo fato de que ninguém é imputado o dever de matar. Dever à vida é coisa que não existe. Tanto é assim que o Código Penal não tipifica como ilícito penal a tentativa de suicídio. A vontade do paciente expressa no testamento vital de não se submeter a tratamentos inúteis que apenas prolongam uma mera vida biológica, sem nenhum outro resultado, não é forma de eutanásia. É reconhecimento da morte como elemento da vida humana, é da condição humana ser mortal. É humano deixar que a morte ocorra, sem o recurso a meios artificiais que prolonguem inutilmente a agonia. A intervenção terapêutica contra a vontade do paciente é um atentado contra a sua dignidade (BORGES, 2001, p. 34).

No Brasil, foi publicada a Resolução 1.995, do Conselho Federal de Medicina, no ano de 2012, que conceitua diretiva antecipada de vontade. Conforme Goldim (2012, texto virtual) é assim definida:

- a) Diretiva por ser um indicador, uma instrução, uma orientação, e não uma obrigação;
- b) Antecipada, pois é dita de antemão, fora do conjunto das circunstâncias do momento atual da decisão;
- c) Vontade, ao caracterizar uma manifestação de desejos, com base na capacidade de tomar decisão no seu melhor interesse” (GOLDIM, 2012, texto virtual).

As diretivas antecipadas dizem respeito aos tratamentos que os pacientes desejam ou não receber. Em tese, é necessário que o médico as anote no seu prontuário. Além disso, o médico deve seguir os desejos do paciente quando este nomear alguém para decidir sobre os cuidados que pretende receber. Quando da ausência de diretivas, bem como de familiares e representantes, o médico buscará auxílio junto à Comissão de Ética Médica dos hospitais, a Comitês de Bioética, ao Conselho Regional ou Federal de Medicina, para, então, tomar uma decisão cabível ao caso.

Em 25 de janeiro de 2013, o Ministério Público Federal propôs uma Ação Civil Pública (Tribunal Regional Federal – 1ª Região/GO, Processo 0001039- 86.2013.4.01.3500), em face do Conselho Federal de Medicina, visando a suspensão da aplicação da Resolução nº 1995/2012, alegando que esta incidia em inconstitucionalidade e ilegalidades. A sentença, publicada em 21 de fevereiro de 2014, julgou improcedente o pedido, criando desta forma a primeira decisão judicial nacional em favor da aplicação e legalidade das diretivas antecipadas de vontade. No mérito, o juiz federal substituto Eduardo Pereira da Silva, fundamenta que a resolução é compatível com a autonomia da vontade, o princípio da dignidade da pessoa humana e a proibição de submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante (art. 1º, inciso III, e art. 5º, inciso III, CF). Consta nesta sentença importante menção quanto à forma não específica que deverá ter a declaração da vontade para ter validade (art. 107 CC/2002), tal comando normativo embasa a legalidade da manifestação do paciente quanto aos seus desejos, bastando serem anotados no prontuário médico (SILVA, 2015, texto digital).

Ainda que, no Brasil, as diretivas antecipadas assim como o testamento vital não sejam tão discutidas e legalizadas no ordenamento jurídico brasileiro, o testamento vital possui validade em respeito à vontade do paciente. Porém, levará um tempo para que se modifiquem as relações médico-paciente vindas de tradição.

A grande questão que se impõe é: o paciente pode optar em não se submeter às terapêuticas sem chances reais de cura? No caso de doenças incuráveis e estágio terminal de vida, é preciso pesar o conceito de vida digna e o direito de não sofrer. Não é necessário submeter o paciente a mais um procedimento, seja ele cirúrgico ou não, ou mesmo deixá-lo agonizar nos leitos dos hospitais mantido por aparelhos, apenas para adiar sua morte em alguns dias. Por isso, consideram-se importantes as diretivas antecipadas de vontade.

O enunciado 533, aprovado na VI Jornada de Direito Civil (CFJ, 2013, texto digital), aduz:

**ENUNCIADO 533 – O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.**

**Artigo:** 15 do Código Civil

**Justificativa:** O crescente reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos pacientes nos processos de tomada de decisão sobre questões envolvidas em seus tratamentos de saúde é uma das marcas do final do século XX. Essas mudanças vêm-se consolidando até os dias de hoje. Inúmeras manifestações nesse sentido podem ser identificadas, por exemplo, a modificação do Código de Ética Médica e a aprovação da resolução do Conselho Federal de Medicina

sobre diretivas antecipadas de vontade. O reconhecimento da autonomia do paciente repercute social e juridicamente nas relações entre médico e paciente, médico e família do paciente e médico e equipe assistencial. O art. 15 deve ser interpretado na perspectiva do exercício pleno dos direitos da personalidade, especificamente no exercício da autonomia da vontade. O 'risco de vida' será inerente a qualquer tratamento médico, em maior ou menor grau de frequência. Por essa razão, não deve ser o elemento complementar do suporte fático para a interpretação do referido artigo. Outro ponto relativo indiretamente à interpretação do art. 15 é a verificação de como o processo de consentimento informado deve ser promovido para adequada informação do paciente. O processo de consentimento pressupõe o compartilhamento efetivo de informações e a corresponsabilidade na tomada de decisão (CFJ, 2013, texto digital).

Por conseguinte, compreende-se que o paciente é o titular do direito de escolha sobre o final de sua vida, desde que com a concordância legal. A morte é sem dúvida dolorosa, no entanto, o paciente deixando o registro de suas vontades, faz com que o procedimento seja feito em seu favor da forma que escolheu.

Por fim, em síntese, o objetivo das diretivas antecipadas de vontade é evitar o prolongamento da dor e do sofrimento do paciente que se encontra em estado irreversível ou sem chance de cura. Os princípios constitucionais não servem somente para tomar decisões sobre a vida, mas também sobre a morte.



## 5 CONCLUSÃO

Analisando o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o princípio da autonomia, direitos sociais fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, fez-se ligação à escolha dos pacientes portadores de doenças graves que desistem do tratamento, mesmo sabendo que isso resulte em piora ou até mesmo em morte. Em tese, o direito à autodeterminação dos pacientes que recusam tratamento médico é uma conquista da contemporaneidade, sintetizada na dignidade da pessoa humana e na autonomia privada.

Diante do exposto, compreende-se que todo ser humano, dotado de discernimento mental e capaz de decidir sobre seu corpo, na condição de paciente, tem a opção de escolher seu tratamento médico por meio das diretivas antecipadas de vontade, com a finalidade de expor suas pretensões em relação aos tratamentos que deseja ou não receber no fim de sua vida.

É possível, também, fazer valer as escolhas pertinentes ao tratamento, por meio da judicialização, uma vez que, no decorrer do trabalho, com o intuito de demonstrar a validade das diretivas antecipadas de vontade, foi mencionado o caso de um paciente que teve sua decisão mantida, após negar-se à amputação de seu pé necrosado para evitar sua morte. Também, o fato dos Poderes Executivo e Legislativo pecarem na promoção da saúde obriga o judiciário a intervir para atender as ações na área da saúde.

Dessa forma, esta monografia preocupou-se em apresentar, no primeiro capítulo do desenvolvimento, o direito constitucional à saúde com seus

respectivos princípios e o dever do Estado mediante políticas públicas para prestação da saúde.

As ações, assim como os serviços de saúde, são de relevância pública, cuja competência é de todos os entes da federação. Além do direito à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. O art. 196, da CF/88, dispõe sobre o dever de desenvolver políticas públicas que tencionem a redução de doenças, bem como a promoção e a recuperação da saúde.

Verificou-se, no segundo capítulo, a efetivação e a posição do poder judiciário para a manutenção da saúde, assim como foi analisada uma jurisprudência dos casos. Seguindo do pressuposto de que a vida é um direito fundamental dignificante, é dever do Estado dispor de prestações positivas para efetivação da saúde.

No último capítulo, procedeu-se à análise da autonomia e os direitos dos pacientes que recusam tratamento médico, seja por intervenção cirúrgica ou outro método. Evidenciaram-se os aspectos religiosos em face dos tratamentos médicos; observou-se, também, o direito à vida dotada de autonomia, liberdade e dignidade, o direito à informação médica e ao consentimento informado, bem como as decisões substitutas perante um tratamento médico considerado de risco.

Embora as diretivas antecipadas de vontade sejam de grande valia, ainda é longo o caminho para modificar os costumes e as tradições da relação médico-paciente que norteiam as escolhas, as quais ainda prevalecem. Além disso, as diretivas antecipadas de vontade assumem a eficácia de excluir a responsabilidade do médico, já que o paciente que dispõe de discernimento mental para escolha do tratamento que deseja receber ou não é quem assume os riscos e as consequências de sua escolha.

O tema foi escolhido exatamente com o intuito de discutir até quando o direito à vida é sobreposto ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ademais, na mesma seara, procurou-se analisar se o paciente pode optar em não se submeter às terapêuticas médicas sem chances reais de cura.

Tendo em vista, ser um tema bastante corriqueiro, mas com pouca alusão, foi relevante trazer à tona e à comunidade acadêmica a temática que versa sobre os tratamentos de risco e a autonomia dos pacientes para recusá-los.

A hipótese inicial levantada para tais questionamentos é verdadeira, sendo que o paciente submetido a tratamento médico de risco tem o direito de recusá-lo se estiver em pleno gozo de suas faculdades mentais, ainda que isso resulte em piora ou, até mesmo, em sua morte. Isso porque o Código Civil, art. 15, oferece a liberdade de escolha, fundamentado no princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, já que o paciente precisa ter autonomia, pois é de seu corpo que se está tratando.

Conclui-se este trabalho reafirmando que é preponderante o respeito à possibilidade de escolha, que não deve ser ferida com imposição de um tratamento ou mesmo intervenção cirúrgica não aprovada pelo paciente, pois, como está previsto, essa possibilidade é um direito fundamental.

## REFÊRENCIAS

ACCA, Thiago dos Santos. **Teoria brasileira dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMEIDA, Gabriela Lopez. **Leituras complementares de direito civil**: o direito civil – constitucional em concreto. 2. ed. São Paulo: Podivm, 2009.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

ARZABE, Patrícia Helena Massa. Direitos Humanos e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Testemunhas de Jeová**: Proclamadores do Reino de Deus. São Paulo: [s.n.], 1992.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Parecer**: autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo: [s.n.], 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová**: dignidade, liberdade religiosa e escolhas existenciais. 2010. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas\\_de\\_jeova.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2017.

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. **Princípios de ética biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BENTO, Luis Antonio. **Bioética**: desafios éticos no debate contemporâneo. São Paulo: Paulinas, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001. p. 34.

BRASIL. **Códigos Civil, Processo Civil e Constituição Federal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11464.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11464.htm)>. Acesso em: 27 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm)>. Acesso em: 3 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 6 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Lei Orgânica da Saúde**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 1 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. **Lei dos crimes de tortura.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175. Agravante: União. Agravado: Clarice Abreu de Castro Neves- Município de Fortaleza. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2127862/mod\\_resource/content/1/STF%20AgReg%20STA%20175%20%28Relatorio%20e%20Voto%20Min%20Gilmar%20Mendes%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2127862/mod_resource/content/1/STF%20AgReg%20STA%20175%20%28Relatorio%20e%20Voto%20Min%20Gilmar%20Mendes%29.pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Intimado: Presidente da República. Ministro Relator: Marco Aurélio. Brasília, 29 abr. 2004. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf)>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - Recurso Extraordinário: nº 267612. Partes: Estado Do Rio Grande Do Sul, PGE-RS - Katia Elisabeth Wawrick e outros, Augusto Seleprion, Lisete Reif Martins De Lima e outros. Relator: Min. Celso De Mello. Brasília, 02 de agosto de 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825430/recurso-extraordinario-re-267612-rs-stf>>. Acesso em: 5 maio 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2003.71.02.000155-6. Relatora: Vânia Hack de Almeida, 1 nov. 2006. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230141/apelacao-civel-ac-155>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Mandado de segurança nº 2015 00 2 020023-60020313-88.2015.807.0000. Recorrente: Patrícia Pereira de Lima. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Des. J.J. Costa Carvalho. Brasília, 24 de nov. 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262871576/mandado-de-seguranca-msg-20150020200236#>>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Ação de Indenização: nº 20000750026364. Apelante: Victor Luiz Vieira rep. por José Luiz Vieira. Apelado: Hospital Anchieta LTDA e Leandro Marques Dutra. Relator: Des. Asdrubal Nascimento Lima. Brasília, 11 mar. 2002. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3113555/apelacao-civel-ac-20000750026364-df/inteiro-teor-101281139?ref=juris-tabs#>>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: nº 45-9. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira. Arguido: Presidente da República. Ministro Relator: Celso de Mello, Brasília, 29 abr. 2004. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)>. Acesso em: 2 abr. 2017.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Remessa de Ofício nº 2015 01 1 038000-70007775-21.2015.807.0018. Recorrente: Maria Ineide Beserra. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Des<sup>a</sup>. Maria De Lourdes Abreu. Brasília, 9 dez. 2015. Disponível em: <<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/299712220/remessa-de-oficio-rmo-20150110380007>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Culpabilidade e Reprovação pessoal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CANOTILHO, Joaquim J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. TJ-CE - Reexame Necessário: nº 0187668-21.2013.8.06.000. Recorrente: Tainá Silva Galvão. Recorrido: Estado do Ceará. Relator: Francisco Gladyson Pontes. Fortaleza, 25 jan. 2016. Disponível em: <<https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/300530483/reexame-necessario-reex-1876682120138060001-ce-0187668-2120138060001?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 maio 2017.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos**: planejamento, elaboração e apresentação. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

CONCHE, Marcel. **Le fondement de la morale**. Paris: PUF, 1993.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. **Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil**. Brasília, 11-12 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.emagis.com.br/static/emagis2/arquivos/downloads/vi-jornada-de-direito-civil-2121810.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. Resolução n. 1.805, de 28 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. Resolução n. 1.995, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em:

<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.931, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em:

<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE – CNS. **Coletânea de normas para o controle social no Sistema Único de Saúde**. 2. ed. Brasília (DF): Editora do Ministério da Saúde, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS. **Legislação do SUS**. Brasília: CONASS, 2003.

DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos. Rio de Janeiro: UNIC, 2009.

Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Bioética e Direito**. 2010. Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_543\)1\\_\\_bioetica\\_e\\_direito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_543)1__bioetica_e_direito.pdf)>. Acesso em: 22 maio 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro 3- Teoria das Obrigações Contratuais e extracontratuais** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 257

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1. p. 14.

FILHO recusa tratamento e mãe vai à justiça para evitar que ele morra. **Revista Istoé**, São Paulo, 22 fev. 2017. Ano 40, n. 2462, p. 257.

FLEURY. Sônia. Judicialização pode salvar o SUS. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 93, p. 15. abr./jun. 2012.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. **Ética e saúde**: questões éticas, deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos. São Paulo: EPU, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. v 3.



GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOLDIM, J.R. **Diretivas Antecipadas de Vontade**: comentário sobre a Resolução CFM 1995/2012. 23 set. 2012. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/diretivas2012.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. 2002 Disponível em: <[http://www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc) <<https://jus.com.br/artigos/7648/direito-a-saude-comodireito-de-cidadania/1>> Acesso em: 22 abr. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC. **O SUS pode ser seu melhor plano de saúde**. 3. ed. São Paulo: IDEC, 2006. Disponível em: <[http://www.idec.org.br/uploads/publicacoes/publicacoes/cartilha\\_SUS\\_3edicao.pdf](http://www.idec.org.br/uploads/publicacoes/publicacoes/cartilha_SUS_3edicao.pdf)>. Acesso em: 7 maio 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 109-133, abr./jun. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47171/45639>>. Acesso em: 8 maio 2017.

KRELL, Andréas. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**: a Constituição concretizada construindo pontes como o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível: nº 1.0342.12.005026-1/001. Apelante: Município Ituiutaba. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Afrânio Vilela. Ituiutaba, 14 maio 2013. Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115512604/apelacao-civel-ac-10342120050261001-mg/inteiro-teor-115512655>>. Acesso em: 18 maio 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança: nº 1.0702.07.401344-3/001. Recorrente: Ministério Público Estado de Minas Gerais. Recorrido: Município Uberlândia. Autoridade Coatora: Secretário Municipal de Educação. Relator: Wander Marotta. Belo Horizonte, 1 jul 2008. Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5961106/107020740134430011-mg-1070207401344-3-001-1>> Acesso em: 6 maio 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em: <<http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2017.

PACIENTES podem recusar procedimentos médicos indesejáveis. **Testamento Vital**, [S.l], 17 set. 2014. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/noticias/pacientes-podem-recusar-procedimentos-medicos-indesejaveis/>>. Acesso em: 23 maio 2017.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade do médico pelo dever de informar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. TJ-PE Recurso de Agravo: nº 0266470-8. Agravante: Excelsior MED S/A. Agravado: Janio Pedro Rodrigues. Relator substituto: Juiz Demócrito Reinaldo Filho. Recife, 29 maio de 2013. Disponível em: <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155276840/agravo-agv-2664708-pe>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

PORTAL PLANALTO. Governo eleva orçamento de 2017 para saúde e educação. Brasília, 6 set. 2016. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2016/09/governo-eleva-orcamento-de-2017-para-saude-e-educacao>>. Acesso em: 23 maio 2017.

REIS, Denize de Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde**. São Paulo: UNIFESP, 2015. Disponível em: <[http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca\\_virtual/esf/2/unidades\\_conteudos/unidade04/unidade04.pdf](http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidade04/unidade04.pdf)>. Acesso em: 17 maio 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça TJRS. Apelação Cível nº 70054988266. Apelante: Ministério Público. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Irineu Mariani. Viamão, 20 nov. 2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22ortotan%C3%A1sia%22&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*aba=juris&entsp=a\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=%22ortotanasia%22&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22ortotan%C3%A1sia%22&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=%22ortotanasia%22&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+main_res_juris)> Acesso em: 1 maio 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça TJRS. Apelação Cível nº 70072313422 (Nº CNJ: 0441536-57.2016.8.21.7000). Recorrente: Município de Arroio Grande. Recorrido: Melchior Epiphanyo Machado. Relator: Des. João Barcelos de Souza Júnior. Porto Alegre, 17 jan. 2017. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%25](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%25)>

26versao%3D%26versao\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\_comarca%3D700%26num\_processo\_mask%3D70072313422%26num\_processo%3D70072313422%26codEmenta%3D7128235+%22direito+a+sa%C3%BAde++medicamento%22+&proxystylesheet=tjrs\_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs\_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70072313422&comarca=Comarca%20de%20Arroio%20Grande&dtJulg=17/01/2017&relator=Jo%C3%A3o%20Barcelos%20de%20Souza%20Junior&aba=juris>. Acesso em: 30 abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça TJRS. Apelação Cível: nº 70054988266 (Nº CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000). Apelante: Ministério Público. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Des. Irineu Mariani. Porto Alegre, 20 nov. 2013. Disponível em:  
<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70054988266%26num\\_processo%3D70054988266%26codEmenta%3D5557320+%22ortotan%C3%A1sia%22++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&ie=UTF-8&client=tjrs\\_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70054988266&comarca=Viam%C3%A3o&dtJulg=20/11/2013&relator=Irineu%20Mariani&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70054988266%26num_processo%3D70054988266%26codEmenta%3D5557320+%22ortotan%C3%A1sia%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70054988266&comarca=Viam%C3%A3o&dtJulg=20/11/2013&relator=Irineu%20Mariani&aba=juris)>. Acesso em: 2 maio 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça TJRS. Apelação Cível: nº 70067906073 (Nº CNJ: 0000801-47.2016.8.21.7000). Apelante: Rose Marie Fredo Barcellos, Gilnei Barcelos Maia. Apelado: Hospital Luterano- Complexo Hospitalar Ulbra, José Antonio Perrone Soares. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, 02 de junho de 2016. Disponível em:  
<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70067906073%26num\\_processo%3D70067906073%26codEmenta%3D6794071+%22consentimento+informado%22++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70067906073&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=02/06/2016&relator=Jorge%20Alberto%20Schreiner%20Pestana&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70067906073%26num_processo%3D70067906073%26codEmenta%3D6794071+%22consentimento+informado%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70067906073&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=02/06/2016&relator=Jorge%20Alberto%20Schreiner%20Pestana&aba=juris)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça TJRS. Apelação Cível: nº 70072587157 (Nº CNJ: 0022830-57.2017.8.21.7000). Apelante: Geraldo Possebon. Apelado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Newton Luís Medeiros Fabrício. Porto Alegre, 15 mar. 2017. Disponível em:  
<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70072587157%26num\\_processo%3D70072587157%26codEmenta%3D7181969+%22Baraclude%22++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&ie=UTF-8&client=tjrs\\_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70072587157&comarca=Comarca%20de%20Casca&dtJulg=15/](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70072587157%26num_processo%3D70072587157%26codEmenta%3D7181969+%22Baraclude%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70072587157&comarca=Comarca%20de%20Casca&dtJulg=15/)>

03/2017&relator=Newton%20Lu%C3%ADs%20Medeiros%20Fabr%C3%ADcio&aba=juris>. Acesso em: 26 abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça TJRS. Comarca de Caxias do Sul. Agravo de Instrumento: nº 70032799041. Agravante: Heliny Cristina Lucas Alho. Agravado: Fundação Universidade de Caxias do Sul. Relator: Des. Cláudio Baldino Maciel. Caxias do Sul, 6 mai 2010. Disponível em: <[ROSENVALD, Nelson. \*\*Dignidade humana e boa-fé no Código Civil\*\*. São Paulo: Saraiva, 2005.](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70032799041%26num_processo%3D70032799041%26codEmenta%3D3657411+%22testemunhas+de+Jeov%C3%A1%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70032799041&comarca=Caxias%20do%20Sul&dtJulg=06/05/2010&relator=Cl%C3%A1udio%20Baldino%20Maciel&aba=juris>. Acesso em: 19 mar. 2017.</p>
</div>
<div data-bbox=)

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento: nº 099.305-4/6. Relator: Juiz Ênio Santarelli Zuliani. Julgado em 2 mar. 1999. Publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 26, nov./dez./2003. p. 135.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 24.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. Apelação Cível: nº 2010213836. Apelante: Estado de Sergipe. Apelado: Ministério Público do Estado de Sergipe. Relator: Des. Cezário Siqueira Neto. Sergipe, 16 nov. 2010. Disponível em: <<https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18121077/apelacao-civel-ac-2010213836-se-tjse#!>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6793>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. Disponível em: <<http://www.crmppb.org.br/index.php?option=comcontent&view=article&id=21917:bioetica-o-principio-da-autonomia-e-o-termo-de-consentimento-livre-e-esclarecido&catid=46:artigos&itemid=483>>. Acesso em: 24 maio 2017.

SILVA, Nilton Alexandre da. Decisão substituta: os modelos de diretivas antecipadas de vontade e o papel dos decisores substitutos sobre os direitos de pessoas incapacitadas. **Cadernos de Iniciação Científica**, São Bernardo do Campo, n. 12, 2015. Disponível em: <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/CIC/article/view/128/692>>. Acesso em: 4 maio 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO Disponível em: <[http://www.univap.br/ipd/docs/termo\\_de\\_consentimento.pdf](http://www.univap.br/ipd/docs/termo_de_consentimento.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2017.

TORRES, Adriana de Freitas. Bioética: O princípio da autonomia e o termo de consentimento livre e esclarecido. **Conselho Regional de Medicina da Paraíba**, João Pessoa, 2007. Disponível em: <[http://www.crmppb.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21917:bioetica-o-principio-da-autonomia-e-o-termo-de-consentimento-livre-e-esclarecido&catid=46:artigos&Itemid=483](http://www.crmppb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21917:bioetica-o-principio-da-autonomia-e-o-termo-de-consentimento-livre-e-esclarecido&catid=46:artigos&Itemid=483)>. Acesso em: 5 maio 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. v. 1.

## **ANEXO**

## ANEXO A – Termo de consentimento livre e esclarecido

**TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO**

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO (modelo a ser adaptado segundo as necessidades de cada protocolo de diretivas). Declaro, por meio deste termo, que concordei em não ser submetido (a) ao tratamento de \_\_\_\_\_. Fui informado (a), ainda, de que a não realização do tratamento pode acometer em piora e até mesmo a morte. Afirmo que decidi não realizar o tratamento por minha própria vontade, sem receber qualquer incentivo financeiro ou ser aconselhado por alguém. Fui também esclarecido (a) de que os usos das informações por mim oferecidas estão submetidos à execução quando necessário. O acesso e a análise dos dados coletados se farão apenas pelo (a) médico (a). Fui ainda informado (a) de que posso revogar essas diretivas antecipadas a qualquer momento, sem prejuízo para meu acompanhamento ou sofrer quaisquer sanções ou constrangimentos. Atesto recebimento de uma cópia assinada deste Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, conforme recomendações da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP).

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

Assinatura do (a) paciente: \_\_\_\_\_

Assinatura do (a) médico (a): \_\_\_\_\_

Assinatura do (a) testemunha (a): \_\_\_\_\_



**UNIVATES**

R. Avelino Tallini, 171 | Bairro Universitário | Lajeado | RS | Brasil  
CEP 95900.000 | Cx. Postal 155 | Fone: (51) 3714.7000  
[www.univates.br](http://www.univates.br) | 0800 7 07 08 09